

**INFORME EN DERECHO SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR ANTECEDENTES
OBTENIDOS EN EL MARCO DE UNA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA, REALIZADA
CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA, COMO PRUEBA EN UN PROCESO PENAL**

Sumario: **0.** ANTECEDENTES. **I.** LA FINALIDAD DE LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES NECESARIAS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN EJECUTE CIERTAS ACTUACIONES O MEDIDAS INTRUSIVAS EN EL MARCO DE SUS FUNCIONES FISCALIZADORAS. **II.** SOBRE LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA OBTENCIÓN DE ANTECEDENTES DE RELEVANCIA PENAL EN LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS INTRUSIVAS ADMINISTRATIVAS, RELATIVOS A LA AVERIGUACIÓN DE UN DELITO Y LA OBTENCIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA. **II.1.** Diferencias entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, especialmente a nivel de principios. **II.2.** Sobre la prueba producida u obtenida por la autoridad en sede administrativa y su traspaso a la instancia de persecutoria penal. **III.** CONCLUSIONES.

0. ANTECEDENTES

1. El Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, que forma parte de la Defensoría Penal Pública (“DPP”), me ha solicitado realizar un informe en Derecho (el “Informe en Derecho”) que evalúe los efectos aparejados a la obtención de antecedentes de relevancia penal por la Administración en el ejercicio de competencias fiscalizadoras asociadas a una autorización judicial previa.

2. En este contexto, y en mi condición de especialista en Derecho Administrativo, se me ha solicitado emitir un informe por parte del abogado señor Javier Ruiz Quezada –quien forma parte del referido Departamento de Estudios–, que, desde la óptica del Derecho Administrativo, responda a las siguientes preguntas legales:

¿Cuáles son las características y finalidades de la autorización judicial previa exigida para el ejercicio de ciertas medidas intrusivas por parte de la Administración del Estado al momento de llevar a cabo sus funciones fiscalizadoras?

¿Cuáles son los efectos derivados de la obtención de antecedentes de relevancia penal en la ejecución de las medidas antes mencionadas, referentes a la averiguación de un delito y a la obtención de medios de prueba?

3. Para responder a lo anterior, en el presente Informe en Derecho se dará cuenta del propósito de las autorizaciones de carácter judicial que resultan necesarias para que la Administración lleve a cabo medidas intrusivas en el marco de su labor (**I**); para abocarnos, luego, al análisis de los efectos jurídicos derivados de la obtención de antecedentes de relevancia penal en la ejecución de medidas intrusivas administrativas, y que resulten pertinentes tanto para averiguar un delito

como para obtener los medios de prueba con que ellos se acreditarán **(II)**; labor en la cual abordaremos las diferencias existentes entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal **(II.1.)** y nos pronunciaremos concretamente sobre el devenir de la prueba producida u obtenida por la autoridad en sede administrativa y la legitimidad de su traspaso al proceso penal –analizando, para ello, los ámbitos (con o sin norma legal regulatoria) en que ello se produce– **(II.2.)**; para, finalmente, exponer nuestras conclusiones en la materia **(III)**¹.

I. LA FINALIDAD DE LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES NECESARIAS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN EJECUTE CIERTAS ACTUACIONES O MEDIDAS INTRUSIVAS EN EL MARCO DE SUS FUNCIONES FISCALIZADORAS

4. Para desentrañar la finalidad de las autorizaciones judiciales previas que diversas leyes exigen para efectos de que la Administración proceda, en el marco de la labor fiscalizadora, a ejecutar medidas de carácter intrusivo, es necesario revisar lo dicho al respecto tanto por la jurisprudencia, especialmente constitucional, como por la literatura autorizada, nacional y extranjera, labor que realizamos a continuación.

5. A nivel de doctrina nacional, Nicolás Enteiche se refirió a este tema. Dicho autor plantea que, de acuerdo con cierta jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (“**TC**”) relacionada con algunas actuaciones administrativas que no requieren de autorización judicial previa para su realización, un organismo administrativo no puede afectar la esfera de los derechos fundamentales sin que exista algún tipo de protección. Dicha protección o salvaguarda, a juicio de la referida jurisprudencia del TC, sería justamente la autorización judicial previa, “*y se explica por la garantía que presta un tercero independiente e imparcial, antes de llevarse a efecto una actuación lesiva por la Administración del Estado*”².

6. En esta misma línea, el referido autor explica, siguiendo la jurisprudencia del TC, que quienes son objeto de una actuación administrativa que lesiona sus derechos fundamentales, pero que no tienen conocimiento de ella, no estarían desprotegidos, precisamente porque los derechos de esas personas son asegurados por medio de la autorización judicial previa, que se transforma en parte integrante de las vías de control judicial de la actuación administrativa. Por ello, siempre que la Administración quiera ejercer una competencia que resulte nociva para los derechos

¹ Este Informe en Derecho se realizó con la colaboración de los abogados María del Pilar Soffia, José Tomás Correa y Fernanda Skewes.

² ENTEICHE ROSALES, Nicolás. “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en: Revista Ius et Praxis, Año 18, N°1, 2012, Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 433. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100014.

fundamentales, sin el conocimiento del afectado, el resguardo vendría dado por la autorización judicial previa³⁻⁴.

7. Asimismo, aquel autor plantea que la autorización judicial previa fue primigeniamente esgrimida como una garantía de la persona en una sentencia del TC del año 1995⁵. Dicho fallo se dictó en el marco del control previo de constitucionalidad del proyecto de ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (que se convirtió en la ley N°19.366)⁶, y declaró inconstitucional la norma que permitía al Consejo de Defensa del Estado recoger e incautar documentación y requerir la entrega de información sujeta a secreto o reserva sin someter a control esta facultad o a aprobación judicial previa alguna, y sin consagrar “*recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen*”⁷.

8. No existe una enumeración taxativa en el análisis de Enteiche sobre qué tipo de facultades administrativas serían lesivas para el destinatario. Únicamente explica ese autor que se trataría de las competencias y procedimientos destinados expresamente a colisionar con la vida privada, con la reserva de toda clase de comunicación privada, con la libertad y con la propiedad de la persona, actuaciones que, en su conjunto, conformarían lo que el autor denomina como “*competencias, potestades o facultades peligrosas*”⁸.

Así, la autorización judicial previa –que constituye un principio básico en el sistema procesal penal⁹–, se encontraría presente como cortapisa ante el ejercicio de *potestades peligrosas*, por

³ *Ibidem*.

⁴ Según ENTEICHE existiría otro tipo de autorización judicial, que concurre cuando la Administración notifica previamente que ejercerá una competencia y la persona se opone, caso en el que los tribunales resuelven si puede ejercerse o no la competencia. Por ejemplo, esto sucede cuando los contribuyentes se niegan a entregar al Servicio de Impuestos Internos información sobre sus operaciones bancarias, sometidas a secreto o reserva, debiendo dicha entidad recurrir a los tribunales (artículo 62 del Código Tributario), pues el respectivo banco solo entrega la información una vez que se encuentra ejecutoriada la decisión judicial (ENTEICHE ROSALES, Nicolás. Op. Cit., pp. 434-435).

⁵ Sentencia del TC (“STC”) Rol N°198, emitida el 4 de enero de 1995.

⁶ Sustituida luego por la ley N°20.000, que “Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”.

⁷ STC Rol N°198 de 1995, considerando 10°.

⁸ ENTEICHE ROSALES, Nicolás. Op. Cit., p. 435.

⁹ El autor señala que el artículo que contiene dicha exigencia se ubica dentro del Título “Principios Básicos” del Código Procesal Penal, precisando su artículo 236 que si el Fiscal quiere ejercer una competencia investigativa eventualmente lesiva para los derechos fundamentales del afectado, sin darle noticia el juez autorizará proceder en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia (*Ibidem*).

ejemplo, por parte de los siguientes órganos administrativos: Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) –al investigar en casos graves o calificados puede ejercer competencias intrusivas–¹⁰, la Agencia Nacional de Inteligencia –para intervenir comunicaciones o información–¹¹ y la Unidad de Análisis Financiero (“UAF”) –puede requerir antecedentes sobre operaciones financieras sospechosas, amparados por secreto o reserva–¹².

9. A dichas entidades que la doctrina menciona habría que agregar actualmente, por ejemplo, a la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”) –creada por la ley N°21.000¹³–, a cuyo fiscal la ley faculta para que, en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios, pueda ejercer una serie de medidas intrusivas, contando previamente con la aprobación de la comisión

¹⁰ Estas potestades se refieren únicamente a la investigación de casos de colusión, cuando el asunto sea grave y calificado y se necesite contar con aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda (según esto último sería modificado luego por la ley N°20.945, de 2016, que “Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia”). Se trata de las facultades contempladas en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley N°211, que permiten que Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección de un funcionario de la FNE, proceda a: “n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; n.2) Registrar e incantar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”. Sobre el doble filtro que impone la normativa en este caso, durante la discusión legislativa se indicó que el TDLC “podrá hacer una calificación de mérito y oportunidad de las medidas”, mientras que el Ministro de Corte “velará adecuadamente por los derechos de las personas” (Historia de la Ley N°20.361, Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de Comisión de Economía del Senado, 31 de marzo de 2009, p. 65).

¹¹ Según la ley N°19.974 (“*Sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia*”), se requiere contar con autorización del Ministro de Corte de Apelaciones de la jurisdicción donde se realizará la diligencia judicial o donde ella se inicie, para poder ejercer las siguientes competencias previstas en el artículo 24 (en relación con el artículo 25 inciso primero) de la ley: “a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; (...) d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información”. Cuando se propuso esta normativa se indicó que la autorización judicial previa constituía “un resguardo efectivo de los derechos de las personas, más aún si se tiene en cuenta que tal autorización sólo será procedente ante fundadas sospechas de amenaza grave para la seguridad de personas, autoridades o instituciones, o de la seguridad pública” (Historia de la Ley N°19.974, Mensaje Presidencial, 10 de octubre de 2001, p. 21).

¹² Según lo dispuesto en la ley N°19.913 (“*Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos*”), la UAF necesita autorización previa de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago para ejercer las siguientes competencias previstas en el artículo 2° de la ley: “(...) b) Solicitar (...) los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación (...)” y, en similares términos, “j) Acceder (...) a las informaciones y antecedentes existentes en las bases de datos de los organismos públicos”. Cuando se incorporó este resguardo a la normativa que regula la UAF se explicó que la autorización “se debe pedir a través de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sede de tribunales. No es un acto directo administrativo. Se pide, pero lo evalúa, con plena capacidad de evaluación y autonomía, un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago” (Historia de la ley N°20.119, Discusión en Sala, Cámara de Diputados, 10 de agosto de 2005, p. 18).

¹³ “*Crea la Comisión para el Mercado Financiero*”, publicada el 23 de febrero de 2017.

y la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴. Esta normativa que fue elaborada teniendo en cuenta las facultades intrusivas otorgadas a la FNE¹⁵.

10. Volviendo a la doctrina, Enteiche indica que el resguardo de la autorización judicial previa no se impuso, por ejemplo, en el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”)¹⁶ o la Superintendencia de Educación¹⁷; sin que el TC se pronunciara en el control preventivo de constitucionalidad ejercido al respecto por considerar que no se habría tratado de normas interpretativas u orgánicas constitucionales¹⁸.

Sin embargo, para este autor existiría una línea jurisprudencial del TC que permitiría sostener que en estos casos igualmente habría un deber de la Administración de obtener autorización

¹⁴ Estas medidas incluyen la posibilidad de: (i) acceder a información sujeta a secreto bancario o reserva de personas determinadas; (ii) ingresar a recintos privados y, de ser necesario, allanar y descerrajar con el auxilio de la fuerza pública; (iii) interceptar toda clase de telecomunicaciones; (iv) requerir a las empresas de telecomunicaciones que faciliten copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas; y, (v) ordenar la entrega de antecedentes sujetos a secreto o reserva a otros organismos públicos (artículo 5° numerales 5 y 27 de la ley N°21.000). Para que el fiscal de la CMF pueda recurrir a estas medidas debe tratarse de la investigación de infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos en la legislación sometida a su fiscalización, es decir, están reservadas para conductas de especial gravedad, detallándose en la ley el procedimiento para conseguir la autorización del ministro de corte para su realización.

¹⁵ Durante la discusión legislativa del proyecto de ley que creó la CMF y, en particular de las medidas intrusivas entregadas a su fiscal, el Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional (ULDECCO) señaló que “*disposiciones similares ya existen en el ordenamiento jurídico vigente, pues el decreto ley N° 211 permite a la Fiscalía Nacional Económica solicitar la ejecución de medidas intrusivas a un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago*” (Historia de la ley N°21.000, Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 524).

¹⁶ Durante la discusión legislativa de la ley N°20.417 (“*Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente*”) se levantó el punto de la necesidad de que los funcionarios de la SMA contaran con una autorización judicial previa para el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 28, que les faculta para “*ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización, tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados (...) y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividades fiscalizadas*”, y para cuyos efectos los funcionarios de la SMA pueden incluso solicitar directamente el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador, pudiendo actuar con descerrajamiento, si fuere necesario, para ingresar a lugares cerrados que no constituyan morada. Si bien se presentaron indicaciones para incorporar la autorización judicial previa en este caso, ellas fueron rechazadas (Historia de la ley N°20.417, Informe de la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, 1 de abril de 2009, pp. 157 y 158).

¹⁷ En la discusión legislativa de la ley N°20.529 (“*Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización*”) se criticó que a la superintendencia se le concedieran excesivas atribuciones, pudiendo acceder a cualquier documento, libro o antecedente (Historia de la Ley N°20.529, Primer Informe de la Comisión de Educación del Senado, de 2 de noviembre de 2007, p. 55); en el mismo sentido, se indicó que existía un desequilibrio evidente entre fiscalizador y fiscalizado en el proyecto, pues “*la Superintendencia es juez y parte y posee más atribuciones que un fiscal de un Ministerio Público, pudiendo ingresar a los establecimientos educacionales, sin orden judicial alguna, ‘a objeto de realizar sus funciones’ y citar a declarar a personas que trabajan en el establecimiento, e incluso a terceros, constituyendo circunstancia agravante, para efectos de sancionar al sostenedor, el hecho de no concurrir a la citación*” (Historia de la Ley N°20.529, Informe de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, de 16 de diciembre de 2009, p. 552). Sin embargo, no se incorporó la necesidad de autorización judicial previa en este caso.

¹⁸ STC Rol N°1554, de 6 de enero de 2010, sobre la ley que creó la SMA, y STC Rol N°2009, de 4 de agosto de 2011, sobre la ley que creó la Superintendencia de Educación.

judicial previa del juez competente para resguardar los derechos fundamentales del afectado y para que este juzgue su juridicidad¹⁹, con el fin de que se respete el derecho de acceso a la justicia de las personas y se protejan debidamente los derechos constitucionales²⁰.

Por lo tanto, al tenor de la citada jurisprudencia –cuestión que compartimos– la autorización judicial previa se exigiría como una garantía destinada a resguardar los derechos fundamentales del afectado de la actuación fiscalizadora, potencialmente lesiva, que pueda ejercer la Administración.

11. Por su parte, la doctrina internacional también ha analizado el objeto o finalidad de la autorización judicial previa para ejercer una medida intrusiva como la de entrada a un domicilio por la Administración. Un buen caso de análisis lo constituye el régimen jurídico español, cuyo análisis doctrinario en torno al propósito de dicha autorización es claro y sumamente robusto. Así, Galindo plantea que dicha autorización se encontraría relacionada con el control de la actuación de la Administración, que junto a la regulación de sus privilegios conforman el núcleo básico del Derecho Administrativo²¹. Mediante el control de la Administración se buscaría un “*equilibrio entre los privilegios que la ley otorga a aquélla para permitirle cumplir sus tareas y las garantías necesarias para evitar que la Administración se exceda*”²².

En este sentido, dicho autor explica que surgen problemas cuando la ejecución de los actos administrativos afecta el contenido de los derechos fundamentales y las libertades públicas, en especial, la inviolabilidad del domicilio que protege la Constitución española²³ –país en que se ha reconocido que son titulares del referido derecho no solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas–²⁴.

¹⁹ “Esto tiene lugar ya que esta línea jurisprudencial entiende que: las trabas previas que impiden al juez conocer de un conflicto, son inconstitucionales (STC N° 1580 y 1865); todo acto administrativo lesivo es susceptible de ser impugnado (STC N° 2009); el evento que una persona no sepa de la afectación a sus derechos no es óbice para su control judicial (STC N° 1894)” (ENTEICHE ROSALES, Nicolás. Op. Cit., p. 437).

²⁰ ENTEICHE ROSALES, Nicolás. Op. Cit., pp. 437-438.

²¹ Cabe señalar que la Constitución española, al garantizar la inviolabilidad del domicilio en su artículo 18.2, dispone lo que sigue: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito”. Por su parte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), señala en su artículo 96 –relativo a la ejecución forzosa– numeral 3 que “[s]i fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”.

²² GALINDO MORELL, Pilar. “La autorización judicial de entrada en el domicilio”, en: Fundación Democracia y Gobierno Local, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* N°2, junio de 2003, p. 101, texto disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/42/qdl02_09_est05_galindo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²³ *Ibidem*.

²⁴ GALINDO MORELL, Pilar. Op. Cit., p. 102.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula en ese país la jurisdicción contencioso-administrativa²⁵, entrega a los juzgados de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las autorizaciones previas para entrar en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera del consentimiento del titular, para la ejecución forzosa de actos de la administración pública. Esto ha sido complementado por el Tribunal Constitucional español, indicando que cuando las actuaciones administrativas están sometidas a un proceso contencioso-administrativo, es este el órgano competente para conocer de las autorizaciones de entrada al domicilio²⁶.

Galindo plantea, además, que el Tribunal Constitucional español considera que la Constitución de ese país no determina el orden jurisdiccional competente para autorizar la entrada en el domicilio, ni de él se deriva que corresponda necesariamente al juez penal la protección de la inviolabilidad del domicilio, debiendo ser resuelta esta cuestión por las reglas que determinan las competencias de los distintos tribunales²⁷. Sobre el alcance del rol del juez que autoriza la entrada, indica que aquel debe limitarse a comprobar que el acto que se pretende ejecutar obedece a un fin legítimo y que la entrada es el único medio para ejecutarlo, debiendo buscarse, al aplicar esta normativa, un “*equilibrio entre las garantías de la Administración y las garantías del ciudadano*”, particularmente cuando se afecta un derecho fundamental²⁸.

12. Otros autores, como Ruiz, al analizar la autorización previa de entrada en un domicilio y su finalidad, plantean una postura más bien crítica al respecto, indicando que existe en la doctrina y la jurisprudencia una confusión en torno al bien jurídico protegido, pues se encuentran entremezclados el domicilio y la propiedad. Esto resalta la importancia de aplicar los criterios interpretativos que ofrece la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa para delimitar cuándo un espacio reúne las condiciones que lo hacen apto para albergar un domicilio para efectos de la norma constitucional²⁹.

En este contexto, este último autor critica que la acción y la eficacia administrativas queden inutilizadas al exigirse autorización judicial para entrar a cualquier sitio, sea o no domicilio³⁰. La

²⁵ Ver artículo 8 numeral 6 de la “Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, cuyo texto se encuentra disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>.

²⁶ GALINDO MORELL, Pilar. Op. Cit., p. 103.

²⁷ En el caso analizado por el tribunal se objetó que mientras se llevaba adelante un proceso contencioso-administrativo, anterior a la solicitud de entrada en el domicilio, se pidió la autorización de entrada al juez de instrucción (juez del orden penal), cuestión que impidió al tribunal del orden contencioso-administrativo que conocía del asunto poder otorgar una tutela judicial efectiva en toda su extensión (GALINDO MORELL, Pilar. Op. Cit., p. 104).

²⁸ GALINDO MORELL, Pilar. Op. Cit., p. 109.

²⁹ RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. “Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido, cuestiones procedimentales y proporcionalidad”, en: Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma N°13, septiembre-diciembre 2011, p. 215. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10100&path%5B%5D=10534>.

³⁰ RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 217.

regla paradigmática del sistema administrativo tradicional es que “*la presunción de legitimidad de la actuación administrativa se extiende también a su ejecución*”³¹, de tal modo que el derecho a la inviolabilidad del domicilio significa una excepción relevante y que condiciona la efectividad de la actuación administrativa³².

Según explica Ruiz, el trámite de autorización judicial previa para entrar en un domicilio, o en un lugar asimilado a él, tendría como fin el refuerzo de la protección de los derechos y libertades³³, pero se ha utilizado con el fin de proteger un elemento patrimonial que le es ajeno, lo que constituye, a su juicio, un exceso reprochable³⁴. Uno de los límites que se aplicarían en estos casos en resguardo de los derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad, entendido por la jurisprudencia constitucional española como una “*relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido es intangible*”³⁵⁻³⁶.

13. Por su parte, López Menudo sostiene que un asunto grave en el derecho español es la falta de claridad sobre si actualmente la ley obliga o no a la Administración a obtener una autorización judicial para entrar a un edificio o lugar distinto del domicilio, como si se tratase de un domicilio³⁷.

Es un tema que ha dividido a la doctrina española entre quienes lamentan el impacto de la exigencia constitucional sobre el sistema administrativo y quienes apuestan por la plenitud de la

³¹ RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 220.

³² RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 221.

³³ *Ibidem*.

³⁴ RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 222. El autor se refiere en este punto a lo que indica la siguiente norma contenida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “*Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia*” (artículo 91.2). Algunos autores entienden que la norma respalda una doble garantía: en el caso del domicilio, se protegería el derecho a la privacidad o intimidad del titular, mientras que en el segundo caso se protegería más bien el derecho de propiedad (RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 224).

³⁵ Cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 50/1995, de 23 de febrero, contenida en: RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 231.

³⁶ A modo de ejemplo, el principio de proporcionalidad exigiría que la resolución de entrada concrete “*el objeto de la misma, los sujetos legitimados y el día o margen de días en que tendrá lugar, debiendo levantarse un acta en que consten las posibles incidencias que hayan podido suscitarse*” (RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 232). También se ha indicado que la proporcionalidad exige que la medida decretada sea idónea para el fin pretendido, necesaria –el fin perseguido puede ser solamente alcanzado mediante la entrada domiciliar– y proporcional –debe ajustarse la entrada al fin perseguido, evitando que las intromisiones vayan más allá de lo estrictamente necesario– (RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit., pp. 232 y 233).

³⁷ LÓPEZ MENUENDO, Francisco, “La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?”, en: Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo, N°43, 2009, p. 5. Texto disponible en: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/28850>.

garantía, es decir, por la intervención del juez en todo caso, incluidas las entradas en domicilios necesarias para la ejecución de actos administrativos³⁸.

Este autor indica que con la promulgación en 1985 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”)³⁹ se abrió una nueva etapa en la materia, pues su artículo 87.2 (relativo a la competencia de los jueces de instrucción en el orden penal)⁴⁰ sembró la duda sobre si la Administración estaba obligada o no a obtener autorización judicial, no solo para entrar en el domicilio, sino para entrar en cualquier otro edificio o lugar cuyo acceso dependa del consentimiento de su titular – protegiéndose, así, el derecho de propiedad–. El cambio fue rotundo, pues la Administración pasó de estar excusada de solicitar del juez la autorización para la entrada en los domicilios, a tener que obtener tal autorización para poder entrar prácticamente a cualquier parte, pese a no existir una regulación categórica en este último sentido⁴¹.

Posteriormente se modificó la normativa, quedando la competencia para autorizar las entradas radicada en el juez de lo contencioso-administrativo (artículo 91.2 LOPJ)⁴², subsistiendo el problema de cómo debe interpretarse la norma. Dentro de las cosas que destaca el autor, se encuentra la diferencia entre los sitios o lugares a los que suele acceder la Administración para ejecutar actos administrativos o realizar actividades de inspección, que suelen ser siempre

³⁸ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 5.

³⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Texto disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

⁴⁰ Dicha norma –actualmente derogada– disponía lo siguiente: “Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración” (LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 7). La norma se eliminó varios años después, incorporándose en 1998 la siguiente disposición en el artículo 91, que rige actualmente: “2. Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración” (Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial), cambio que se hizo producto de la dictación de la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que se menciona luego (ver nota 42).

⁴¹ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., pp. 6 y 7.

⁴² LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 8. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“LJCA”), mediante su artículo 8.6 entregó a estos juzgados especiales la competencia para otorgar la autorización. La norma dispone que:

“Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición”.

similares –la vivienda o el domicilio social en el caso de personas jurídicas–, y los lugares en los que se suele entrar en el marco de investigaciones penales –que son muy diversos–⁴³.

Lo anterior demostraría la gran diferencia que existe entre la entrada domiciliaria realizada para efectos de la investigación y represión de actividades delictivas en materia penal, y las entradas administrativas efectuadas en el marco del ejercicio de potestades de la Administración referentes a la expropiación forzosa, recaudación de tributos, recuperación de bienes, etc.⁴⁴. En materia administrativa, el problema suele encontrarse en qué tratamiento debe darse a la entrada en los “*restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública*”⁴⁵ (por ejemplo, locales de negocios, talleres, etc.), más que en cómo debe entenderse el concepto de domicilio.

López Menudo explica que la práctica en España ha mostrado que los jueces suelen otorgar las autorizaciones de entrada a la Administración, de lo que el autor desprende que la institución se ha “*impregnado de automatismo con la consiguiente merma de garantías que ello conlleva*”⁴⁶. Además, critica que en la gran mayoría de los casos la autorización se dicta sin oír al interesado afectado por la medida, lo que no se justificaría en este ámbito –a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la eficacia de la entrada y registro justifica la falta de audiencia previa–⁴⁷.

Sobre el alcance del análisis que debería realizar el juez, López Menudo sostiene que:

“La garantía de la inviolabilidad del domicilio sólo puede quedar satisfecha cuando el juez que ha de autorizar la entrada, sin invadir competencia judicial alguna, y sin prejuzgar sobre la suerte final del pleito, fiscaliza los referidos elementos formales y además realiza una indagación, siquiera sea mínima o prima facie, sobre el fondo que le permita dictaminar no solamente sobre si la entrada es necesaria o no para ejecutar el acto, sino además si es legítima. De no proceder así, la garantía de la inviolabilidad del domicilio quedará vacía de contenido pues el control se quedaría en la corteza del asunto, prendido en las apariencias procedimentales”⁴⁸.

La jurisprudencia en España, según explica este autor, se encuentra dividida entre aquellas sentencias que consideran que la autorización judicial previa solo se refiere a la protección del domicilio⁴⁹; las que consideran que los ámbitos protegidos son dos –el domicilio y otros bienes

⁴³ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 9.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Artículo 8.6 de la LJCA. En el mismo sentido, el artículo 91.2 de la LOPJ.

⁴⁶ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 11.

⁴⁷ “*No es razonable que al interesado se le hurte la posibilidad de ser oído mientras que la Administración suele disfrutar de plazos dilatados concedidos por el juez para que irrumpa en el domicilio a su comodidad*” (*Ibidem*).

⁴⁸ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 12.

⁴⁹ Destacando la jurisprudencia constitucional respecto del domicilio constitucional el valor de la privacidad, siendo imprescindible que para hablar de domicilio en aquel se desarrolle vida privada y que se trate de un lugar cerrado o

patrimoniales distintos⁵⁰; y las que no toman partido⁵¹. Ni siquiera la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional español ha sido consistente respecto de cuáles son los edificios o lugares para cuyo acceso la Administración debe conseguir autorización judicial, lo que originaría la confusión existente en los órganos judiciales⁵²⁻⁵³. Al menos a nivel del Tribunal Supremo existe una mayor homogeneidad sobre que la autorización judicial previa se refiere a la protección del domicilio⁵⁴.

Normativas dictadas con posterioridad a la LOPJ, en su mayoría, reafirman la autotutela de la Administración, alejándose el legislador de la idea de la doble protección que supuestamente entrega dicho cuerpo normativo y enfocándose nuevamente en el domicilio como objeto de protección⁵⁵, cuestión que este autor considera un avance en el esclarecimiento de una materia que sigue siendo confusa en el derecho español⁵⁶.

14. Respecto de otras garantías cauteladas en el derecho español a través del requerimiento de autorización judicial para adoptar medidas intrusivas en el contexto de contencioso administrativo, se encuentran la libertad individual y otros derechos fundamentales frente a la imposición de ciertas medidas por parte las autoridades sanitarias.

En efecto, para la imposición de algunas de las medidas destinadas a la salvaguarda de la salud pública se establece la necesidad de contar con la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias, de conformidad con el artículo 8.6. párrafo segundo de la LJCA⁵⁷. De acuerdo con Salamero Teixidó, el objeto de la intervención del órgano judicial es la tutela del derecho a la libertad individual y otros derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentran, por

sobre el cual su titular tenga perfecto control sobre su acceso –derecho de exclusión de terceros– (LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., pp. 20 y 21).

⁵⁰ Existe una línea jurisprudencia que considera que se protege también todo lugar cerrado –no solo el domicilio–, ostentando su titular un derecho de exclusión de terceros. El problema aquí sería si este derecho es oponible o no frente a la Administración (LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 21).

⁵¹ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 12.

⁵² LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 26.

⁵³ Por su parte, los pronunciamientos doctrinales son escasos, según expone el autor, y no se encuentran respaldados por un análisis profundo de la cuestión, siendo más numerosos los que defienden la existencia de dos tipos de bienes o valores protegidos por el artículo 92.1 de la LOPJ, criterio al cual aquel autor no adscribe (LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., p. 32).

⁵⁴ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., pp. 33 y 34.

⁵⁵ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., pp. 33 a 36.

⁵⁶ LÓPEZ MENUDO, Francisco, Op. Cit., pp. 36 a 38.

⁵⁷ “*Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*”.

ejemplo, el derecho a la integridad física y moral, a la libre reunión y manifestación, y a la libertad religiosa y de culto⁵⁸.

Ahora bien, tal como ha sido observado por Narváez Rodríguez, el artículo 8.6. párrafo segundo de la LJCA tiene un contenido totalmente indeterminado respecto a las medidas sanitarias que se pueden adoptar, configurándose como una norma en blanco que, para efectos de su integración, exige la remisión a la legislación en materia de protección a la salud pública⁵⁹. En todo caso, para que se configure el requisito de requerir autorización judicial para la imposición de medidas sanitarias, además de implicar la restricción de la libertad u otro derecho fundamental, debe tratarse de medidas *urgentes* y *necesarias* para resguardar la salud pública. Ello da cuenta de que las mismas responden al concepto de medidas cautelares o de policía, generalmente no precedidas ni de procedimiento ni de decisión administrativa formalizada, sin perjuicio de lo cual deben encontrarse contempladas en una norma legal⁶⁰.

Así, en relación con las garantías afectadas, encontramos en primer lugar la garantía a la libertad individual o personal, en virtud de la cual se requiere autorización judicial para adoptar medidas de cuarentena, aislamiento, internamiento u hospitalización obligatoria con el fin de controlar enfermedades transmisibles, como las que regula la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública⁶¹. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 9.2. letra a) de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente⁶², deberá trasladarse de forma inmediata a la autoridad judicial cualquier intervención clínica no consentida realizada para la tutela de la salud pública adoptada según la Ley Orgánica 3/1986, en caso de que las mismas dispongan el internamiento obligatorio de personas. Lo anterior da cuenta de la necesidad de intervención judicial en caso de afectación de los derechos a la libertad física y deambulatoria en el marco de tutela de la salud pública. Si tras un internamiento se requiere la adopción de intervenciones terapéuticas forzosas, también se exige la intervención judicial, en atención a la limitación que estas irrogan tanto a la libertad personal como a otras garantías como el derecho a la integridad física⁶³.

En segundo lugar, y en relación con lo recién señalado respecto al derecho a la integridad física y moral, este puede verse afectado frente a la adopción de medidas sanitarias tales como la imposición de tratamientos médico-sanitarios, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo,

⁵⁸ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. “La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas”. Tesis doctoral, Departamento de Derecho Público Universidad de Lleida. Disponible en: <https://repositori.udl.cat/handle/10459.1/64080>.

⁵⁹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, en: Revista Aranzadi Doctrinal, N°6, 2009.

⁶⁰ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., p. 463.

⁶¹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498>.

⁶² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>.

⁶³ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 452 a 454.

las vacunaciones forzosas. Sobre la materia, el Tribunal Constitucional español entiende que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, por lo que para que dicho derecho pueda ser limitado legítimamente mediante la asistencia médica coactiva se requerirá: **(i)** una habilitación legal; **(ii)** que dicha afectación responda a un fin constitucionalmente legítimo; **(iii)** que la intervención sea proporcional y llevada a cabo por personal sanitario; **(iv)** que en ningún caso pueda efectuarse un trato inhumano y degradante o suponer un riesgo grave para la salud; y, **(v)** que medie una resolución judicial que autorice la restricción de dicho derecho. De este modo, la literatura ha señalado que la autorización o ratificación prevista en el art. 8.6. párrafo segundo de la LJCA “(...) viene a positivizar esta reserva judicial establecida por la jurisprudencia constitucional en el marco de la adopción de medidas sanitarias en contextos de urgencia y necesidad, de modo que nada se añade a lo que el Tribunal deduce directamente de la Constitución”⁶⁴.

En tercer lugar, en relación con la libertad de reunión y manifestación, estos derechos pueden verse restringidos con motivo de la adopción de medidas sanitarias que redunden en el impedimento de la celebración de reuniones y manifestaciones en lugares públicos, en caso de que ello pueda favorecer el contagio y transmisión de una enfermedad. Si dicha limitación se efectúa, además, con el objeto de tutelar la salud pública en contextos de urgencia y necesidad, se requerirá necesariamente solicitar autorización judicial⁶⁵.

Finalmente, en relación con la libertad religiosa o de culto, el artículo tercero numeral uno de la Ley de Libertad Religiosa⁶⁶, dispone que el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. De esta forma, podrán imponerse forzosamente medidas sanitarias en caso de urgencia y necesidad en la tutela de la salud pública aun ante la negativa del ciudadano, requiriéndose al efecto la intervención judicial previa de conformidad con la garantía expresamente impuesta por la legislación ordinaria prevista en el artículo 8.6. de la LJCA⁶⁷.

Tal como señala Salamero Teixidó, de la jurisprudencia existente se desprende que los criterios que los tribunales toman en consideración para autorizar o ratificar medidas sanitarias se inspiran, en parte, en las pautas generales aplicadas en el marco de la autorización judicial de entrada –previamente abordadas–. No obstante, existiría una diferencia entre ambas que radica en el objeto de la autorización y el consecuente juicio de proporcionalidad que corresponde efectuar. Así, en el caso del ingreso por parte de la Administración en un determinado espacio,

⁶⁴ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 452 a 454.

⁶⁵ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., p. 456.

⁶⁶ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955>.

⁶⁷ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 461 y 462.

el juez efectúa una ponderación de la medida para la consecución de la ejecución administrativa; mientras que en el caso de las medidas sanitarias, lo que se autoriza o ratifica es la medida en sí, de modo que lo que el juez efectúa es la ponderación directa de la proporcionalidad de la medida y su contenido para la consecución del fin último de tutela de la salud pública⁶⁸.

15. El derecho español también regula en el párrafo tercero del artículo 8.6 de la LJCA la necesidad de contar con autorización judicial por parte de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

Según Salamero Teixidó, a diferencia de la autorización judicial de entrada regulada en el primer párrafo del artículo 8.6. de la LJCA, en el ámbito de las actuaciones de la CNMC la autorización recae, además de en la entrada, en el ejercicio del resto de facultades asociadas a la inspección⁶⁹. De conformidad con el artículo 27 de la Ley de creación de la CNMC⁷⁰, el personal funcionario habilitado de la CNMC cuenta con facultades de inspección para acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, así como para controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere la ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar (letra a); y para precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección (letra e). En ambos casos, se requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

La norma también regula otras facultades de inspección que no requieren autorización del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo sino en caso de que la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, y tal actividad implique restricción de derechos fundamentales –sin que ello quede restringido, por cierto, a la inviolabilidad domiciliaria–. Dentro de dichas facultades de inspección se encuentran las de verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase (letra b); hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos (letra c); retener por un plazo máximo de diez días los

⁶⁸ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 466 y 467.

⁶⁹ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., p. 496.

⁷⁰ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940>.

libros o documentos mencionados en la letra b) (letra d); y solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección, y guardar constancia de sus respuestas (letra f).

De este modo, dentro de los derechos que tutelaré el juez de lo contencioso-administrativo frente a las inspecciones se encuentra, además del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ya abordado, el derecho a la propiedad privada (en sentido amplio)⁷¹. Lo anterior se desprende del objeto de la facultad de inspección contemplada en el literal a) del artículo 27 y para la cual se requiere autorización judicial, que hace referencia a los “locales, terrenos y medios de transporte”; esto es, que hace alusión no solo al bien jurídico de inviolabilidad del domicilio o a bienes inmuebles, sino que además a otros espacios que se encuentran fuera del ámbito del domicilio –incluso entendido en sentido amplio– como lo son los medios de transporte y que, por tanto, se encuentran cautelados por otras garantías, como lo es el derecho a la propiedad privada⁷².

Además, se cautelan también otros derechos fundamentales frente a la inspección administrativa, tales como el derecho al secreto de las comunicaciones. Ello se desprende del objeto de la facultad de inspección contemplada en el literal e) del artículo 27 de la Ley de creación de la CNMC, que hace referencia a la autorización judicial para el precinto, verificación, copia o retención de libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial. Sobre la materia, la jurisprudencia española ha señalado, además, que la autoridad administrativa no se puede extralimitar al ejercer sus potestades de inspección, por ejemplo, al registrar documentación propia de los empleados de la empresa fiscalizada⁷³.

16. Finalmente, respecto a las inspecciones que efectúe la autoridad administrativa española en materia de competencia también se establece una regla en materia de *descubrimientos o hallazgos casuales*, esto es, de hipótesis de “(...) aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal [o administrativo], no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando”⁷⁴.

⁷¹ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., p. 508. Si bien la autora, al referirse a las facultades de inspección hace referencia al artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, derogado por la disposición derogatoria e) de la Ley de creación de la CNMC; la regulación en materia de facultades de inspección y autorización judicial es sustancialmente la misma a la contenida en el artículo 27 de la Ley de creación del CNMC.

⁷² SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 509 y 510.

⁷³ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Op. Cit., pp. 510 y 511.

⁷⁴ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, N°2, 2011.

De conformidad con el numeral 6 del artículo 27 de la Ley de creación de la CNMC, “[l]os datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para las finalidades previstas en esta Ley y en la Ley 15/2007, de 3 de julio”. De esta manera, se establece una regla expresa en virtud de la cual los antecedentes obtenidos en el marco de una inspección administrativa no pueden ser utilizadas en el contexto de otros procedimientos, por ejemplo, penales.

17. De todo lo anterior, es posible desprender que la autorización judicial previa que debe conseguir la Administración para realizar ciertas medidas intrusivas como, por ejemplo, entrar en un domicilio sin consentimiento del titular, incautar bienes o intervenir comunicaciones, cumple una finalidad garantística respecto de los derechos fundamentales del administrado, que muchas veces no estará informado siquiera de que sus derechos serán afectados por la actuación fiscalizadora de la Administración. Asimismo, esta exigencia contempla la posibilidad de ejercer un control judicial, lo que resulta especialmente relevante cuando en el marco de una fiscalización administrativa se afectan derechos y garantías fundamentales del sujeto fiscalizado.

II. SOBRE LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA OBTENCIÓN DE ANTECEDENTES DE RELEVANCIA PENAL EN LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS INTRUSIVAS ADMINISTRATIVAS, RELATIVOS A LA AVERIGUACIÓN DE UN DELITO Y LA OBTENCIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

18. Para entender bien el impacto que el uso de la información o prueba recabada en sede administrativa tiene o podría tener en sede penal, es necesario, en primer lugar, establecer las diferencias existentes a nivel de principios y procedimientos entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.

II.1. Diferencias entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, especialmente a nivel de principios

19. La potestad administrativo-sancionadora del Estado admite un origen común con el Derecho Penal, en tanto ambas corresponden a la manifestación del *ius puniendi* estatal. Sin embargo, este origen común no permite asimilar en su totalidad los principios y procedimientos del derecho penal, al derecho administrativo sancionador, existiendo ciertos “matices”⁷⁵⁻⁷⁶ que se derivan

⁷⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional he señalado recientemente que según “*se ha dicho, sin alteración, en una multiplicidad de sentencias de este Tribunal. A modo ilustrativo, esta Magistratura señaló, en una sentencia relacionada con el artículo 15 de la Ley N° 18.410, que ‘los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, han de aplicarse, por regla general y con matices, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado (STC Roles N°s 294/96; 479/2006, 480/2006, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013)’*” (Rol N°5.018-2018, de 23 de abril de 2019, considerando 3°).

⁷⁶ El origen de la doctrina del *matiz* se remonta a la Sentencia del Tribunal Constitucional (“STC”) Rol N°244 de 1996; tesis que fue reformulada en las sentencias del mismo tribunal recaídas en los autos Roles N°s 479 y 480, ambas de 2006. La primera de ellas señala al respecto que: “(...) aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran

principalmente de la diversa finalidad que persigue el legislador, al asociar una u otra clase de responsabilidad a una conducta específica⁷⁷.

20. A modo de ejemplo, en forma reciente la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal señaló que el principio de reserva o legalidad –en su vertiente de tipicidad, según el cual ninguna conducta puede sancionarse sin que previamente haya sido descrita en la ley–, previsto como un derecho fundamental en nuestra Constitución Política de la República (“Constitución”), tiene lugar tanto “*en el ámbito de la potestad sancionatoria penal que ejercen los tribunales de justicia, en quienes radica la atribución exclusiva para imponer penas, como en aquel de la potestad sancionatoria administrativa que se reconoce a la Administración del Estado para reprimir determinadas conductas infraccionales, aun cuando en este último ámbito no tiene una aplicación tan rigurosa como en el derecho penal*”⁷⁸.

21. Así, el Derecho Penal tiene por objeto la verificación de un hecho punible, el cual se encuentra contenido en un tipo específico, descrito en la ley. Dicha verificación supone, además, la identificación de los autores, su dolo y grado de participación, con el fin de aplicar una sanción –reconocida como pena– que en la mayoría de los casos es corporal y supone la privación de libertad. Por su parte, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por finalidad aplicar

en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como ya se ha dicho en fallos anteriores ‘los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado’ (considerando 9 de la sentencia de 26 de agosto de 1996, rol 244). Es así como tanto el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración” (considerando 8°).

En ambas sentencias se indica que “(...) el estatuto constitucional del derecho penal debe aplicarse al derecho administrativo sancionador con ‘matices’, ‘adaptaciones’, ‘flexibilidades’, aplicando iguales principios, ‘pero no de la misma manera’, ‘minorado’ o ‘con menor exigencia’ que en el derecho penal” (ver en ambas decisiones la prevención del ministro Jorge Correa Sutil, numeral décimo).

La literatura explica que la voz “con matices” que se emplea en estas últimas para aludir a la aplicación del estatuto constitucional del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental al Derecho Administrativo Sancionatorio “(...) es más restrictiva que la utilizada por la sentencia N° 244: ‘por regla general’, pues a diferencia de esta última, no autorizaría desviaciones o excepciones al modelo penal”; ROMÁN CORDERO, Cristián, *Derecho Administrativo Sancionador: ¿ser o no ser? He ahí el dilema*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 137. Para un análisis de dicha aplicación matizada, ver sentencia de la Corte Suprema (“SCS”) de fecha 30 de octubre de 2014, dictada en autos Rol N°1.079-2014.

⁷⁷ Por ejemplo en relación con la garantía constitucional del debido proceso, nuestra justicia constitucional ha planteado desde temprano que “(...) el racional y justo procedimiento para la aplicación de sanciones administrativas exige y debe consultar, ‘entre otras garantías’, el emplazamiento de la persona afectada, la oportunidad para defenderse y la oportunidad de impugnar la decisión adoptada ante otra autoridad, mediante algún recurso”; AGUERREA MELLA, Pedro, “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Sanciones administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005, p. 78 –citando la sentencia del TC de fecha 8 de septiembre de 1986, en autos Rol N°38–.

⁷⁸ De ahí, agrega el máximo tribunal, que este principio en el área del derecho administrativo sancionador se satisfaga “con la descripción en la ley del núcleo esencial de las conductas afectas a sanción, complementándose las restantes especificaciones y graduaciones típicas mediante cuerpos normativos de índole reglamentaria” (SCS Rol N°26.475-2018, de 15 de mayo de 2019, considerando 2°).

sanciones, que por regla general son multas, por actuaciones impropias de los individuos – infracciones–, ajustándose a principios que son propios de la Administración.

Nuestro máximo tribunal, refiriéndose al tema ha señalado que:

“(…) si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado *ius puniendi* del Estado, no es menos cierto que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación matizada de los principios de derecho penal en materia de sanción administrativa”⁷⁹.

Consecuencia de lo anterior es que el propio Código Penal, en su artículo 20, establece que las multas “*y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinar o atribuciones gubernativas*” no se considerarán penas, cuestión que no hace más que abonar a la idea de que los principios del Derecho Penal no se aplican con la misma intensidad al procedimiento administrativo sancionador.

22. En este contexto, es posible afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador se aplica más bien dentro de los márgenes del procedimiento administrativo general y del sancionatorio en particular. El *matiz* que debe aplicarse entre un estatuto y otro, que deriva en una diferenciación entre ambos tipos de sanciones, ha sido reconocido desde hace un tiempo por la Excm. Corte Suprema, que en su sentencia rol N°2.968-2010, a propósito de la extrapolación de la exigencia de la tipicidad que rige para la descripción de los ilícitos penales a los ilícitos administrativos, dispuso que:

“(…) la naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una Ley, de modo que el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación...(Así) debe entenderse que la predeterminación de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas censurables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como es el Ejecutivo, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete”⁸⁰.

23. Para nuestro máximo tribunal la exigencia de legalidad, que para ambos estatutos es obligatoria, se recoge con matices cuando se trata de ilícitos administrativos, permitiéndose en este ámbito una mayor amplitud en la configuración normativa de las infracciones, cuestión que se justifica por los distintos fines que rigen el procedimiento administrativo versus el procedimiento penal. Así las cosas, cuando se impone una multa administrativa:

⁷⁹ SCS Rol de ingreso N°765-2018, de 7 de mayo de 2018, considerando 6°.

⁸⁰ SCS Rol de ingreso N°2.968-2010. En el mismo sentido, SCS Rol de ingreso N°21.651-2017, de 23 de abril de 2018.

“(…) no corresponde aplicar, de manera categórica y automática, el estatuto jurídico de las sanciones penales (…) cuando se pretenda hacer aplicación de dicho estatuto, se debe tener en cuenta aquellos aspectos del derecho administrativo sancionador que le confieren a esta rama una fisonomía propia y que justifican su regulación autónoma en relación con el derecho penal”⁸¹.

Puestas así las cosas, es evidente que los principios y procedimientos propios del Derecho Penal se aplican con matices dentro del Derecho Administrativo Sancionador, cuestión que es especialmente relevante en materia probatoria. Por ejemplo, para el Derecho Administrativo Sancionador se aplicarán los principios del Derecho Penal que sean necesarios para los fines específicos de dicho proceso. En particular, la ley N°19.880 (sobre bases de los procedimientos administrativos) establece la preeminencia de los principios de legalidad, conclusivo, de contradictoriedad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, los cuales son una expresión del debido proceso administrativo.

24. No obstante, existen una serie de normas y procedimientos propios del Derecho Penal, especialmente en lo que respecta a la obtención y ofrecimiento de la prueba, que no se replican de la misma forma en el Derecho Administrativo Sancionador. Dentro de ellos, encontramos el *principio de presunción de inocencia*, cuya principal consecuencia es que la carga de la prueba corresponde al Estado. Dicho principio se expresa, de esta forma, como una regla de enjuiciamiento: si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley penal (“más allá de toda duda razonable”), la consecuencia directa es la absolución del imputado.

Los profesores María Inés Horvitz y Julián López ahondan en el concepto de duda razonable, señalando que esta justifica la absolución cuando se trata de una duda:

“(…) basada en la razón, y que surja de la evidencia o la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o mujer razonable podría abrigar. (...) Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia”⁸².

Dado que la duda razonable se plantea respecto a la evidencia, o falta de ella, agregan Horvitz y López que:

“(…) se consideran también como efecto de la presunción de inocencia en materia probatoria la exigencia de que la actividad probatoria se realice en el juicio oral y la prohibición de admitir como prueba la que legalmente no tenga tal carácter”⁸³.

⁸¹ SCS Rol de ingreso N°62.128-2016, de 9 de mayo de 2017.

⁸² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 82.

⁸³ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. p. 83.

25. Por otro lado, uno de los principios fundamentales del procedimiento penal es el de *inmediación material*, el cual se traduce en que el tribunal debe extraer por sí mismo los hechos, sin que puedan utilizarse equivalentes probatorios, de forma tal que alcance su convicción sobre la base de la prueba que se produce directamente en el juicio oral.

26. A su vez, el Código Procesal Penal (“CPP”) dispone una serie de normas que refuerzan los principios antes nombrados. En especial, se prohíbe por regla general incorporar o invocar como medio de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público (artículo 334 del CPP).

Del mismo modo, la ley establece que los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente y que su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren (artículo 329 del CPP). La lectura de declaraciones anteriores solo se admite muy excepcionalmente en los casos previstos por la ley (artículo 331 del CPP)⁸⁴.

27. Así, no solo el ofrecimiento de la prueba se rige en sede penal por principios diversos y más estrictos que aquellos que afectan al Derecho Administrativo Sancionador, sino que también al momento de obtener y producir la prueba existen una serie de normas que el proceso penal debe cumplir, y que no se replican exactamente respecto de la imposición de sanciones administrativas.

Solo a modo ejemplar, es posible citar los artículos 227 y 228 del CPP, que obligan tanto a las policías como al propio Ministerio Público a levantar un registro en el que consten las diligencias practicadas y las instrucciones recibidas por el fiscal y/o por el juez. En el caso del Ministerio Público, la norma obliga a registrar la diligencia realizada “*utilizando al efecto cualquier medio que permitiese garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo*”.

Lo mismo ocurre al tratarse de prueba documental, ya que su obtención también se encuentra regulada por normas que resultan ser mucho más estrictas que aquellas aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Es así como el artículo 187 del CPP dispone que:

“Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales.

⁸⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit. p. 99.

Si los objetos, documentos e instrumentos se encontraran en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) o se encontraran en el sitio del suceso, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata”.

28. En definitiva, si bien el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador provienen del mismo origen –el *ius puniendi* estatal–, sus funciones y finalidades son diversas, lo que se traduce en que los principios del primero se aplican de forma matizada a su contraparte administrativa. Esta falta de rigurosidad en la aplicación de principios que forman el Derecho Penal impide que la prueba obtenida durante el procedimiento administrativo pueda trasladarse directamente y sin más a un proceso criminal, puesto que normalmente no cumple con las condiciones mínimas dispuestas por la normativa del CPP.

II.2. Sobre la prueba producida u obtenida por la autoridad en sede administrativa y su traspaso a la instancia de persecutoria penal

II.2.1. Jurisprudencia general en la materia

29. Este acápite tiene como propósito analizar la jurisprudencia existente en nuestro país en relación con el traspaso de la prueba generada en el contexto de procedimientos administrativos sancionatorios a procedimientos penales, a efectos de determinar si ello resulta legítimo en supuestos generales, esto es, aquellos en los que no existe una norma legal expresa que regule procedimental ni sustantivamente tal cosa.

a. Mediante fallo de 25 de enero de 2010⁸⁵, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago se abocó al análisis de esta problemática, específicamente de la *admisibilidad* de la llamada prueba administrativa (la resolución de un sumario administrativo) en sede penal. Al efecto, dicho tribunal estimó que la resolución dictada en dicho procedimiento disciplinario previo vino únicamente a reafirmar las acusaciones efectuadas por el Ministerio Público, sin que ella haya sido *necesaria* para probar los hechos, toda vez que ellos fueron acreditados por medio de otros elementos de convicción. De allí que la decisión administrativa y la apreciación que se efectuó de ella en materia penal haya, en realidad, carecido de influencia en la sentencia condenatoria (desestimando, con ello, la reclamada infracción del artículo 334 del CPP)⁸⁶.

⁸⁵ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2.575-2009.

⁸⁶ “Que en lo atinente a la prueba nueva aceptada por el tribunal e incorporada por el ministerio público con una supuesta infracción a lo previsto en el artículo 334 del Código Procesal Penal, esta será desestimada por fundarse en hechos que dicen relación con la valoración de la misma lo que no ha podido afectar el ejercicio adecuado de las facultades que la ley le otorga a la defensa. El recurrente en la audiencia de rigor hizo valer los derechos que el ordenamiento le reconoce en conformidad a lo previsto en la norma del artículo 336 del citado texto legal y, en todo caso, el fallo atacado ponderó la resolución dictada en el sumario administrativo, señalando que ese antecedente reafirma las acusaciones efectuadas por el

No obstante ello –la desestimación del valor probatorio decisivo que en este caso concreto ostentó la prueba proveniente del procedimiento administrativo–, es posible entender que la sentencia del Juzgado de Garantía (aquella que la Iltma. Corte de Apelaciones justamente confirmó en la especie) sí apreció los antecedentes propios del sumario administrativo para dar cuenta de ciertas irregularidades cometidas por el imputado condenado en tales autos, *reafirmando* con ellos las acusaciones presentadas por el Ministerio Público.

En suma, podemos concluir que en este caso la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago legitimó la utilización de la resolución del sumario administrativo para dar por probados (reafirmados, en atención a su valor complementario de la demás prueba rendida al efecto) determinados hechos en sede penal (*irregularidades administrativas* que luego permitieron acreditar el delito de cohecho).

b. Mediante fallo de 12 de abril de 2010⁸⁷, la misma Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre la pertinencia de la exclusión de prueba dispuesta por un Juez de Garantía respecto de la prueba documental ofrecida en la respectiva audiencia preparatoria de juicio oral, referida a antecedentes pertenecientes también a un sumario administrativo (en los que se determinó responsabilidad administrativa de los inculpados).

En esta oportunidad, ese Iltmo. Tribunal estimó que el antecedente de carácter administrativo constituyó una *importante prueba objetiva* del caso, cuyo desarrollo, limitación y valoración correspondería determinar, en su momento, al respectivo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Por esta razón, revocó la resolución apelada del correspondiente Juzgado de Garantía, que había excluido tal prueba documental⁸⁸.

Relevante resulta, en relación con esto último, lo resuelto por el correspondiente Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que conoció y fallo ulteriormente esta causa. En su sentencia, este tribunal se pronunció en específico sobre la *valoración de la prueba*. Teniendo *presente* la prueba del Ministerio Público (la testimonial y la declaración de los imputados), declaró la *incongruencia* de tales relatos y la imposibilidad de esclarecer, al tenor (contraste) de la prueba aportada por la contraria, los hechos sobre los cuales versaba dicha causa.

ministerio público, hechos que en consideración a lo anotado precedentemente, se encuentran probados con el mérito de otros elementos de convicción, de este modo la decisión administrativa y su apreciación contenida en el motivo séptimo del fallo que se revisa carece de influencia en lo resolutivo de la sentencia condenatoria” (considerando 12°).

⁸⁷ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°506-2010.

⁸⁸ “*Que de la relación somera de los hechos del auto se apertura y que han sido motivo de la acusación, aparece relevante la necesidad de incorporar la prueba complementaria a las declaraciones de los testigos señores T. y S. y de la situación de servicio de los imputados a la fecha de comisión de los ilícitos, toda vez que aparecen valiéndose de su calidad de funcionarios policiales en la comisión de los delitos que se les asigna. Sobreabundante, es excesivo; dilatorio es difuso, y en las circunstancias señaladas, los documentos que contienen sus declaraciones dirigidas a quien fuera el jefe directo, además de las que consigna el respectivo sumario administrativo, se constituyen en una importante prueba objetiva, cuyo desarrollo, limitación y posterior valor corresponderá determinar al Tribunal Oral en lo Penal*” (considerando 3°).

Lo relevante, sin embargo, es que dicho tribunal con competencia en lo penal expresó, tras sentar lo anterior y *como corolario* de ello, que los antecedentes propios del sumario administrativo (aquellos cuya exclusión precisamente se había antes revocado por parte de la Il. Corte de Apelaciones) no permitía establecer tales hechos al tenor de la pretensión del persecutor, ya que “(...) *se pronuncia respecto a ellos como falta administrativa, (...) como falta relativa a la integridad moral del funcionario o al prestigio de la institución; es decir de una naturaleza diametralmente distinta con la acusación*”⁸⁹.

En suma, es posible observar que, no obstante apreciarse el sumario administrativo como prueba en la sentencia dictada en sede penal (aunque como *corolario*, es decir, como una circunstancia que se deduce de algo ya demostrado), se ha descartado su *valor* probatorio. Ello, por cuanto aquel instrumento se pronunció y calificó originalmente los hechos como transgresiones propias de un sustrato de responsabilidad (la disciplinaria administrativa) de una *naturaleza* totalmente distinta que aquella (la de carácter criminal) que allí se buscaba determinar.

c. Mediante fallo de 13 de febrero de 2013⁹⁰, el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago se pronunció sobre el valor probatorio de la prueba administrativa en sede penal, en un caso en que la acusación del Ministerio Público se fundó de forma preeminente en los antecedentes provenientes de la carpeta investigativa de un procedimiento administrativo sancionatorio previo llevado a cabo por la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”) en contra de los mismos imputados, respecto de quienes en dicha instancia administrativa se declaró su responsabilidad por infracción de la Ley de Mercado de Valores.

A juicio del tribunal penal, una *estructuración* semejante de una acusación penal –que trasladó buena parte de dichas probanzas de un ámbito a otro casi sin cambios, incluso copiando textualmente algunas de ellas– es *defectuosa*, por cuanto obvia que “(...) *las imputaciones en sede administrativa difieren en lo que dice relación con el estándar necesario de aquéllas que se deben efectuar en sede penal*”⁹¹.

Según el tribunal penal, la pretensión persecutoria del Ministerio Público no presentó una verdadera actividad investigativa. Muy por el contrario, se limitó a utilizar lo averiguado en el procedimiento administrativo precedente, sin siquiera realizar un análisis posterior propio con el objeto de acreditar su acusación. En tal sentido, el tribunal penal precisó que lo problemático no es utilizar los antecedentes recabados en sede administrativa para fundar una condena penal (los cuales pueden constituir *indicios* de ella), sino que lo es la ausencia de prueba obtenida en la investigación penal –a cargo de persecutor penal– que hubiere confirmado o ratificado aquella⁹².

⁸⁹ Sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N°070112999-9 RIT N°55-2010, de 14 de junio de 2010 (considerando 10°).

⁹⁰ Sentencia del 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°174-2012.

⁹¹ *Ibidem* (considerando 8°).

⁹² *Ibidem* (considerandos 10° y 11°).

La única nueva prueba que presentó el Ministerio Público fueron determinados peritajes elaborados por las mismas instituciones administrativas que produjeron la prueba administrativa. A juicio del mismo tribunal, la prueba penal debe provenir de una pluralidad de fuentes; cuestión que no ocurrió en este caso, en el que tales peritajes constituyen probanzas o *indicios* del mismo origen que la prueba trasladada hasta allí desde el procedimiento administrativo de la SVS (institución que ya se había formado una opinión sobre la materia y que evacuó los nuevos antecedentes sobre las base de las mismas hipótesis en virtud de las cuales había razonado en el procedimiento sancionatorio anterior)⁹³.

La tesis expuesta en este caso es que una imputación penal no puede bastarse con una investigación administrativa previa. Los antecedentes que emanan de esta última deben ser necesariamente cuestionados en sede penal, sin que sea posible que se den por ciertos en esta. Es el Ministerio Público el que, en cambio, debe probar la virtual veracidad de lo consignado en dicho procedimiento previo, sin tener una presunción en tal sentido. Asimismo, es tarea fundamental de dicho organismo poner en duda y contrastar con nuevos antecedentes lo consignado en aquel procedimiento sancionatorio.

En adición a lo anterior, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal efectuó en su fallo una comparación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, destacando las diferencias que existen entre ambos y expresando de que el estándar probatorio entre los procedimientos que se sustancian en uno y en otro son distintos. El Derecho Penal es actividad punitiva de *última ratio* y, en consecuencia, merece el empleo del estándar probatorio más alto que puede existir en el sistema jurídico: la certeza, más allá de toda razonable, para incriminar (porque, de otro modo, debe procederse a la absolucón del imputado). A ello se agrega que son los márgenes apreciativos que ostenta la Administración para apreciar y decidir un asunto – cuestión que no ocurre en materia penal– los que, en efecto, justifican que sus decisiones puedan y deban ser objeto de control judicial posterior⁹⁴.

30. Del tenor de la descripción y análisis de los tres casos recién expuestos, es posible concluir en este punto que, ante la ausencia de una norma legal expresa que reglamente el traslado de la prueba –y, tanto o más importante, regule su valoración– desde el ámbito administrativo al penal, el criterio de nuestros tribunales de justicia resulta fluctuante al respecto.

Aunque se aprecia una posición tendiente a acoger en sede penal la prueba generada y/o aportada en el marco de un procedimiento administrativo que versó sobre hechos análogos o idénticos – al menos como *indicio* probatorio que *refirme* la prueba propiamente penal (es decir, aquella producida en esta última sede)–, lo cierto es que su real empleo en el marco del juzgamiento criminal queda supeditado a la valoración del Tribunal de Juicio Oral en la Penal, según se

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem* (considerando 8°).

observa de los resuelto por nuestros tribunales. Asimismo, la inclusión de esta prueba no obsta, en caso alguno, a la labor investigativa que en sede penal debe llevar a cabo el órgano persecutor, para crear su propia prueba y contrastar, precisamente, la evidencia trasladada desde el procedimiento administrativo.

II.2.2. Normativa reciente que regula expresamente el traspaso de información y prueba obtenida en sede administrativa a sede penal

31. En adición a lo expresado en el acápite previo en relación con los pronunciamientos jurisdiccionales existentes en aquellos ámbitos en que la actividad de traspaso de la prueba existente en materia administrativa al proceso penal se realiza sin una norma positiva que regule tal cosa, es necesario pronunciarnos ahora sobre los más recientes campos legales en que tal indefinición ha sido superada (o a pretendido serlo, al menos) por el Legislador.

Son dos las esferas regulatorias en que ello ocurre con singular importancia: las investigaciones o procedimientos administrativos sancionatorios llevados a cabo en el campo de los atentados a la libre competencia, por una parte, y en materia bancaria y de mercado de valores y seguros, por la otra. Dichos procedimientos administrativos –que son llevados a cabo por la FNE y por la CMF, en cada caso– han de razonablemente recibir una regulación específica como la descrita porque con ocasión (o al alero) de ellos se produce o suministra información y antecedentes de distinta naturaleza susceptibles de acreditar, además de los ilícitos infraccionales administrativos respectivos, delitos o crímenes penalmente tipificados.

A. El decreto ley N°211, que fija normas para la defensa de la libre competencia (“DL 211”)

32. Como dijimos anteriormente (§ 8), el DL 211⁹⁵ le entrega actualmente a la FNE facultades intrusivas para la investigación de casos de colusión, debiendo esta contar, para poder ejercerlas, con la aprobación previa del TDLC y la autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda.

33. Así, el artículo 39 del DL 211, al enumerar las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico, indica en su letra n) que en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3° (conductas colusorias)⁹⁶, aquel

⁹⁵ El texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211 se recoge actualmente en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 20014 del Ministerio de Economía, su texto se encuentra disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=>.

⁹⁶ “a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

podrá solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del TDLC, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno⁹⁷, para que Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la FNE que indique la solicitud, proceda a:

- “n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”.

34. Es decir, el ejercicio de estas medidas intrusivas –que se incorporaron al DL 211 el año 2009, a través de la ley N°20.361⁹⁸– por parte de la FNE está sujeto a un doble filtro por la normativa aplicable: el TDLC debía realizar “una calificación de mérito y oportunidad de las medidas”, mientras que el respectivo Ministro de Corte de Apelaciones “velará adecuadamente por los derechos de las personas”⁹⁹.

Junto con incorporarse las medidas descritas, se fijó también un *procedimiento* con una serie de requisitos y formalidades que debe seguir la FNE para poder solicitar y llegar a ejecutar este tipo de medidas intrusivas. Así, el artículo 39 del DL 211 detalla los antecedentes que deben presentarse al ministro y los términos que debe contener la autorización¹⁰⁰; somete el ejercicio de las facultades a una serie de normas del CPP¹⁰¹; señala que los antecedentes obtenidos no podrán usarse como medios de prueba ante el TDLC, cuando las actuaciones realizadas no se hubieran ajustado a los supuestos establecidos en la ley o no se hubieren cumplido los requisitos

⁹⁷ Originalmente la norma se refería al “Ministro de Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno”, modificándose esto el año 2016, pasando la norma a mencionar –como lo hace actualmente– al “Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno” (ver artículo 1° N°17 f) de la ley N°20.945).

⁹⁸ “Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

⁹⁹ Historia de la Ley N°20.361, Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, 31 de marzo de 2009, p. 65.

¹⁰⁰ “Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión, la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar”.

¹⁰¹ El DL 211 menciona los “artículos 205 [entrada y registro en lugares cerrados]; 207 [horario para el registro]; 208 [contenido de la orden de registro]; 209 [entrada y registro en lugares especiales], incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210 [entrada y registro en lugares que gozan de inviolabilidad diplomática]; 212 a 214 [regulación del procedimiento y realización de la entrada y registro], y 216 a 225 [constancia de la diligencia; incautación de objetos y documentos; retención e incautación de correspondencia; copias de comunicaciones o transmisiones; objeto y documentos que no se pueden incautar; inventario y custodia; interceptación de comunicaciones telefónicas y su registro, notificación al afectado de la interceptación, prohibición de utilización], salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal”.

para su procedencia, y así lo hubiere declarado el respectivo Ministro de la Corte de Apelaciones; y, finalmente, indica que estos antecedentes no pueden utilizarse por la FNE en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial.

35. Posteriormente, esta norma fue modificada con la aprobación de la ley N°20.945, que el año 2016 vino a perfeccionar el sistema de la libre competencia. Dentro de los cambios que introdujo esta normativa destacan la incorporación en el artículo 39 letra n) de un procedimiento de reclamo ante el ministro de Corte de Apelaciones respectivo sobre diligencias investigativas o actuaciones viciadas¹⁰²; y el establecimiento de una norma expresa sobre la **incorporación al proceso penal de los antecedentes recabados por la FNE** a partir de las diligencias realizadas con autorización judicial (esto, en el contexto de que la investigación de hechos de colusión solo puede iniciarse por querrela formulada por la FNE una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva firme del TDLC).

Sobre la incorporación al proceso penal de información, la normativa dispone lo que sigue en el actual artículo 64 inciso final del DL 211¹⁰³:

“Para los efectos de su **incorporación al proceso penal**, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal”.

El artículo 9° del CPP se refiere a la autorización judicial previa, conferida por el juez de garantía, que debe obtener el Ministerio Público para realizar actuaciones investigativas que priven al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o perturben¹⁰⁴.

¹⁰² “Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos, desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día. La apelación se conocerá con preferencia a otros asuntos, sin que proceda la suspensión de la vista de la causa por la causal del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno”.

¹⁰³ Texto disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094093>.

¹⁰⁴ “Artículo 9°.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario

36. Para entender mejor la finalidad y alcance de la normativa sobre incorporación de antecedentes administrativos al proceso penal, es relevante el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, en especial considerando que, como veremos en el acápite siguiente, este modelo se siguió al regular a la CMF, que también cuenta con facultades intrusivas.

37. En este sentido, el señor Tomás Menchaca, en ese entonces presidente del TDLC, reparó en el riesgo de tener dos juicios paralelos y sentencias contradictorias sobre un mismo hecho, lo que podría afectar la certeza jurídica, pero puso énfasis en el distinto estándar probatorio exigido en uno y otro caso, pues *“el juez penal solo debe sancionar cuando se ha acreditado la conducta más allá de toda duda razonable, mientras que el TDLC puede castigar por vía de prueba indirecta, por vía de lo que en Estados Unidos denominan plus factors, que permiten acreditar la existencia de la colusión”*¹⁰⁵. Al respecto, agregó luego que *“al ser mayor el estándar de convicción necesario para aplicar penas privativas de libertad, lo más probable es que se terminen aplicando solo multas administrativas”*¹⁰⁶.

38. En la misma línea, el señor Francisco Agüero, director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, destacó que existen estándares de prueba distintos y que la descripción del tipo penal es diferente a la del ilícito administrativo, lo que podría originar decisiones contradictorias (si la colusión se sanciona administrativa y penalmente). Adujo, sin embargo, que eso es algo que pasa en otras áreas también, como en mercado de valores o en asuntos tributarios, con lo que se tiene que convivir¹⁰⁷.

39. Por su parte, el profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Juan Pablo Mañalich, indicó que podía suceder que en pocos casos la sentencia condenatoria del TDLC –ante un requerimiento de la FNE– esté acompañada de una sentencia absolutoria en sede penal. Dijo, sin embargo, que esto último es algo improbable, porque la FNE no validaría una persecución penal si considera que hay riesgo de que no se satisfaga el estándar de prueba exigido por el CPP (convicción más allá de toda duda razonable), agregando al respecto que no es solo un tema de estándar de prueba, sino que *“también están los presupuestos*

policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”.

¹⁰⁵ Historia de Ley 20.945. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Economía, 24 de septiembre de 2015. p. 72. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>.

¹⁰⁶ Hizo presente que se generaba un problema para el TDLC pues se le haría más difícil obtener pruebas, porque existirá hostilidad frente a las diligencias de investigación *“por parte de personas que temen auto incriminarse, ya que el derecho a no hacerlo está garantizado en sede penal, pero al no estarlo en sede administrativa y existir la posibilidad de un juicio criminal paralelo, tratarán de hacerlo valer también ante el TDLC”* (Ibídem).

¹⁰⁷ Historia de Ley 20.945. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Economía, 24 de septiembre de 2015. p. 139.

*sustantivos de imputación, que no son idénticos*¹⁰⁸. En todo caso, agregó Mañalich que si esto sucede no es algo problemático, “*sino determinado por el régimen de diferenciación orgánica que se está proponiendo*”, lo que demostraría que las instituciones funcionan efectivamente¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

40. Durante la discusión de este proyecto en el Senado, se abordó el tema del traspaso de prueba, indicándose que, para efectos de la incorporación en el proceso penal de copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de las actuaciones realizadas conforme con el artículo 39 letra n) del DL 211, no se aplicaría lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del CPP –sobre exclusión de prueba para el juicio oral, a la copias de los registros y antecedentes que la FNE haya recabado en diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones–¹¹¹.

El Fiscal Nacional (s) de la época, señor Andrés Montes, explicó sobre este texto que él buscaba “*conciliar el esfuerzo estatal en materia de persecución del delito de colusión, porque se contempla una primera fase dirigida por la Fiscalía Nacional Económica y una vez que se dicte la sentencia definitiva por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Fiscal Nacional Económico tiene la facultad de presentar querrela, con lo cual dicha Fiscalía asume un rol activo en lo que es la investigación penal y la persecución del delito de colusión en sede penal, en los casos que estime plausible perseguir dicho delito*”¹¹².

Frente a lo anterior, el senador Felipe Harboe, destacando la disparidad de resultados en ambas sedes, hizo presente que “*la prueba recabada en el proceso administrativo no está sometida a las exigencias que impone el Código Procesal Penal. Precisó que el procedimiento supletorio de las normas de la libre competencia es el Código de Procedimiento Civil*”¹¹³.

41. Sobre la existencia de procesos sucesivos, el abogado asesor de la FNE, señor Jorge Correa Sutil, señaló que este sistema limita, pero no elimina, el riesgo de estándares distintos a la hora

¹⁰⁸ Mañalich plantea el siguiente ejemplo para explicar este punto: “*la alegación de un error de prohibición va a estar enteramente descartada por impertinente ante el TDLC porque los criterios de imputación aquí son más laxos, pero esa misma alegación, aunque sea implausible, va a tener algún margen de pertinencia ante el tribunal que ejerce jurisdicción en lo penal?*” (Historia de Ley 20.945. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Economía, 24 de septiembre de 2015. p. 163).

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Del mismo modo, el abogado de la Confederación de la Producción y del Comercio, Christian Acuña, se refirió a la posibilidad de que existan procesos paralelos, indicando que lo más complejo es la existencia de estándares de prueba diversos en libre competencia y en materia penal, pudiendo ocurrir que se sancione en libre competencia, pero no en sede penal (Historia de Ley 20.945. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Economía, 24 de septiembre de 2015. p. 165).

¹¹¹ Historia de Ley 20.945. Segundo trámite constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, 18 de mayo de 2016, p. 634.

¹¹² Historia de Ley 20.945. Segundo trámite constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, 18 de mayo de 2016, p. 635.

¹¹³ Historia de Ley 20.945. Segundo trámite constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, 18 de mayo de 2016, p. 636.

de producir y apreciar la prueba, indicando que es mejor que el ilícito penal cobre existencia a partir de la sentencia del TDLC¹¹⁴.

Por su parte, el senador Harboe enfatizó que el asunto era muy complejo “*porque por muy acreditado que quede en la sentencia firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que un acto colusivo tuvo lugar, esa conclusión surge de un proceso que tiene reglas distintas a las que dan lugar a una condena en sede penal. Sobre este punto, observó que muchas de las pruebas recopiladas en ejercicio de facultades legales de la Fiscalía Nacional Económica no son necesariamente compatibles con las que tiene el Ministerio Público*”¹¹⁵.

42. Durante la discusión sostenida, luego, en la Cámara de Diputados, el diputado Aldo Cornejo puso como ejemplo lo sucedido en el caso de la colusión del papel tissue, en que dos diputados se querellaron contra los involucrados y se generó una suerte de debate entre el Ministerio Público y la FNE, a raíz de que esta última negó la entrega de un conjunto de antecedentes al primero. Con motivo de ello se produjo, a juicio del diputado Cornejo, una idea equivocada de que el órgano persecutor penal por definición no tenía acceso a las diligencias realizadas por la FNE, pareciéndole necesario despejar cualquier duda al respecto en el proyecto de ley en discusión¹¹⁶.

43. A su vez, el diputado René Saffirio planteó la existencia de una colisión entre el artículo 64 de la ley y el artículo 83 de la Constitución, que establece expresamente que un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito. Objetó que no solo se estaba generando un espacio de duda respecto de la titularidad de la acción penal, sino que, además, se estaría infringiendo expresamente la norma del artículo 83 de la Carta Fundamental, apoyando la idea de enviar el proyecto a comisión mixta y allí establecer que la FNE debería poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, quien resolverá si ejerce o no la acción penal para sancionar la colusión¹¹⁷.

44. Debido a los cuestionamientos realizados por distintos parlamentarios al futuro artículo 64 del DL 211, por cuanto dicha norma entregaba el monopolio de la acción penal en estos casos al Fiscal Nacional Económico, el proyecto pasó a Comisión Mixta. En dicha instancia, el Ministro de Economía de la época destacó la relevancia de que se impusieran condenas en sede penal. Por ello, expresó, “*el proyecto considera un conjunto de normas relevantes que aseguran la cooperación entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público cuando se decide abrir una persecución penal.*”

¹¹⁴ Historia de Ley 20.945. Segundo trámite constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, 18 de mayo de 2016, p. 642.

¹¹⁵ Historia de Ley 20.945. Segundo trámite constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, 18 de mayo de 2016, p. 645.

¹¹⁶ Historia de Ley 20.945. Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en sala, 14 de junio de 2016, p. 810.

¹¹⁷ Historia de Ley 20.945. Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en sala, 14 de junio de 2016, p. 811.

*estableciendo para ello reglas para el traspaso de evidencia de un proceso a otro y mecanismos para forzar la colaboración en el proceso penal del delator compensado, lo que en conjunto propende al éxito de la acción criminal*¹¹⁸.

Luego, el referido ministro explicó que se optó en la comisión por entregar la titularidad de la acción penal a la FNE, y que el objetivo buscado era que “*quien investiga debe entregar todos los antecedentes del caso al Ministerio Público, para que trabajen conjuntamente. La colaboración entre la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público en esta materia es muy importante, a fin de que se sancione con penas de cárcel efectiva a quienes incurran en colusión*”¹¹⁹.

45. En suma, durante la tramitación del actual artículo 64 del DL 211 se puso gran énfasis en la necesidad de colaboración entre la FNE y el Ministerio Público, pero también muchos parlamentarios destacaron la diferencia existente a nivel probatorio en sede administrativa respecto del proceso penal, lo que debe tenerse en cuenta al momento de analizar la norma sobre traspaso de información actualmente vigente.

En este sentido, resulta esencial analizar el debate sostenido sobre la materia durante la discusión del proyecto que finalmente dio origen a la CMF. A dicha tarea nos dedicaremos a continuación.

B. La ley N°21.000, que crea la CMF

46. En primer lugar, es importante señalar que durante el proceso de elaboración de la normativa que creó la CMF y fijó sus atribuciones, se siguió muy de cerca lo decidido respecto de la FNE, en especial en lo referente a medidas intrusivas y la posibilidad de traspasar información desde la sede administrativa al proceso penal.

47. A nivel normativo, el artículo 5° de la ley N°21.000 dispone en su numeral quinto que ella puede autorizar al fiscal de la CMF, para que, “*en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios, con el voto favorable de al menos tres de sus comisionados y mediante resolución fundada, **requiera información relativa a operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva, que resulten indispensables para verificar la realización de conductas, por parte de personas naturales o jurídicas, que constituyan infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos en la legislación sometida a su fiscalización***”. El ejercicio de esta atribución debe ser solicitado por el fiscal de la CMF, quien debe contar, además de lo anterior,

¹¹⁸ Historia de Ley 20.945. Trámite Comisión Mixta, Cámara de Diputados-Senado, Informe de la Comisión Mixta, 5 de julio de 2016, p. 847.

¹¹⁹ Historia de Ley 20.945. Trámite Comisión Mixta, Cámara de Diputados-Senado, Informe de la Comisión Mixta, 5 de julio de 2016, p. 868.

con la autorización previa de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, de conformidad con lo que establece la misma norma¹²⁰.

Relevante resulta el hecho de que la norma exija que la solicitud de practicar tales actuaciones se acompañe de los antecedentes *claros, precisos y graves* que le den sustento y justifiquen la necesidad de contar con tal información para verificar las infracciones investigadas. La resolución que la conceda –que no requiere audiencia previa, aunque sí pueda ser objetada *a posteriori* por los afectados–, a su vez, debe especificar la medida, su tiempo de ejercicio y las personas a las que pueda afectar¹²¹.

Tales formalidades son de suyo relevantes. Y es que, de no cumplirse con tales requisitos, los *resultados derivados* de esas actuaciones intrusivas “no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento sancionatorio que eventualmente se inicie con motivo de la infracción investigada, ni tampoco podrán servir de fundamento para la denuncia que formule el fiscal que señala el artículo 22 por la calidad de delito que pudiere desprenderse de los mismos hechos”; aunque la misma norma adiciona luego que “[c]on todo, dichos **antecedentes podrán ser utilizados en un proceso penal ya iniciado**, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal [sobre exclusión de prueba para el juicio oral]”¹²².

Cabe señalar, asimismo, que la autorización recién descrita permitirá, según lo dispuesto en el numeral 27 del mismo artículo 5º, que la CMF y un Ministro de Corte de Apelaciones faculten al fiscal de dicha institución para solicitar, a su vez, el auxilio de la fuerza pública para ejecutar ciertas medidas intrusivas (v.gr., ingreso a recintos privados, allanar y descerrajar, registrar e incautar, interceptar comunicaciones, etc.) en el marco de la misma investigación o procedimiento sancionatorio.

Sobre la información obtenida por la CMF a través del mecanismo descrito en el artículo 5º Nº5 de la ley Nº21.000, se señala en esa misma disposición que tal prueba “sólo podrá ser utilizada por ella para verificar la existencia de infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos en la legislación sometida a su fiscalización, en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios que estuviere conociendo y para la aplicación de las sanciones que procedan (...) sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 180 del Código Procesal Penal”¹²³, que es aquella norma que aborda la *investigación* criminal que llevan a cabo los fiscales del Ministerio Público.

¹²⁰ Adicionalmente, el artículo 5º numeral quinto señala que también la comisión podrá autorizar al fiscal de la CMF “*para dar cumplimiento a los requerimientos provenientes de entidades fiscalizadoras extranjeras cuando ello haya sido acordado bajo un convenio internacional de intercambio de información suscrito por la Comisión en virtud de las facultades conferidas en el numeral 23 de este artículo y en conformidad a los términos y a la reciprocidad que el convenio establezca*”.

¹²¹ Artículo 5º Nº5 de la ley Nº21.000.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

En relación con lo anterior y para los efectos específicos de la incorporación de esa información al proceso penal, se adiciona lo que sigue:

“(…) se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados a partir de las diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, otorgada de conformidad al presente numeral, **cumplen con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal**”¹²⁴.

Igual suerte –nos referimos a la satisfacción de la exigencia contenida en el artículo 9° del CPP– correrán los antecedentes que hubieren sido recabados a partir de las diligencias realizadas con la autorización judicial-administrativa descrita en el artículo 5° N°27 de la ley N°21.000.

El artículo 9° del CPP recién referido es, precisamente, la disposición que reglamenta la *autorización judicial previa* respecto de las actuaciones del procedimiento penal que afectan las garantías constitucionales de los imputados y de terceros. De tal modo, se evidencia que lo que la ley N°21.000 hace en la materia (tanto en el numeral 5 como en el numeral 27 de su artículo 5°) es homologar los estándares de las reglas de autorización judicial previa que se contemplan en los planos administrativos y judicial-penal para la ejecución de ciertas actuaciones (requerimientos de información, en un caso, y realización de medidas intrusivas, en el otro) y legitimar, de tal forma, el traspaso al proceso criminal de los antecedentes probatorios que tales acciones permitieron allegar antes al procedimiento administrativo.

48. Para entender correctamente el alcance de las normas citadas, es útil detenerse en su discusión legislativa.

Así, por ejemplo, respecto del actual artículo 5° numeral 5 de la ley N°21.000, la Excma. Corte Suprema realizó algunos reparos. Nuestro máximo tribunal estimó que la autorización de las medidas intrusivas correspondería, con mayor propiedad a los jueces de garantía competentes, pues en el nuevo sistema procesal penal son ellos a quienes les compete el control de las garantías constitucionales –mismo planteamiento había realizado al informar sobre la modificación del DL 211–. A su vez, la Corte expresó que la dictación de la resolución que autorizare o denegase el acceso a la información sin audiencia ni intervención de los afectados podría constituir una violación del debido proceso. Finalmente, ella informó que podrían manifestarse dudas sobre la constitucionalidad de la atribución de verificar la realización de conductas tipificadas como delitos en la legislación de valores y seguros, a la luz de lo dispuesto en el artículo 83 de la Carta Fundamental (precepto que otorga al Ministerio Público la facultad de “*dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito*”)¹²⁵.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Historia de la ley N°21.000. Oficio de la Corte Suprema a la Comisión de Hacienda del Senado, 23 de diciembre de 2015, pp. 472-473.

49. Más tarde, y con ocasión del control preventivo de constitucionalidad de este proyecto de ley, el TC expresó que la norma específicamente contenida en el artículo 5° N°27 de la ley N°21.000 resultaba constitucional en cuanto el traslado de prueba desde el procedimiento administrativo al proceso penal no obstare la función propia (e indudablemente preminente, atendida su consagración constitucional) del Ministerio Público de dirigir de forma exclusiva la investigación criminal, cuestión que implica que la incorporación de prueba en el proceso penal debe responder a la estrategia y teoría del caso de este órgano persecutor:

“Que, en el caso del artículo primero, en lo que respecta al nuevo artículo 5°, numeral 27 del proyecto de ley, es constitucional en el entendido que la incorporación de pruebas al proceso penal, desde el procedimiento administrativo sancionador, debe realizarse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de la Constitución. Es el fiscal del Ministerio Público quien dirige de forma exclusiva la investigación penal y, por tanto, toda incorporación de prueba dependerá de su estrategia y teoría del caso”¹²⁶.

Asimismo, el propio TC indicó en esa oportunidad que la regla contenida en el artículo 5° N°27 de la ley N°21.000 (cuestión que debe hacerse aplicable también a la disposición análoga contenida en el numeral 5 del mismo artículo) –que indica que la prueba obtenida según el procedimiento autorizatorio que allí se contempla cumple con el artículo 9° del CPP– constituye una *presunción simplemente legal*, que admite prueba en contrario. De allí que, a juicio del TC, la determinación de la validez o invalidez de la prueba trasladada hasta allí desde el procedimiento administrativo quedará entregada a la decisión del juez competente, de conformidad con la regulación propia del CPP¹²⁷.

50. El criterio sentado por el TC nos parece una visión adecuada de la regulación que ha venido a incorporar la ley N°21.000 (cuestión que puede hacerse indudablemente extensiva a la regla contenida en el artículo 64 del DL 211). La(s) regla(s) que autoriza(n) el traslado de prueba del procedimiento administrativo al proceso penal despeja(n) las dudas que otrora se plantearon sobre la legitimidad de tal cosa, simplificando el análisis que sobre el particular debe hacer el juez competente en sede penal para determinar la licitud de la prueba. Y es que basta, al menos *a priori*, con que tal información o antecedentes hubieren sido producidos u obtenidos por medio del procedimiento autorizatorio judicial previo previsto en la misma ley N°21.000 (o en el DL 211, en su caso) para que se estime que ellos constituyen prueba válida; sin perjuicio, claro, de que tal circunstancia (una *presunción simplemente legal*, le llama el TC) pueda controvertirse mediante prueba en contrario que ponga precisamente en duda la observancia de tal mecanismo, caso en el cual será el juez con competencia penal quien decida fundadamente (conforme a las normas del CPP) sobre su exclusión.

¹²⁶ Historia de la ley N°21.000. Oficio del TC a la Cámara de Diputados, 27 de enero de 2017 (considerando 48°), p. 1060.

¹²⁷ “La presunción de que dichas pruebas cumplen con lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, debe entenderse como una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario. Por tanto, la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas dependerá de la aplicación íntegra del Código Procesal Penal y de la decisión del juez competente”; *Ibidem*.

Lo que se mantiene inalterado, aun con una norma como la descrita, es tanto la dirección exclusiva de la investigación que debe llevar adelante el Ministerio Público en el proceso penal (en virtud de lo cual puede disponer la impertinencia de utilizar una prueba administrativa, aun cuando no haya dudas sobre la licitud de su producción) como la valoración que luego hará de dicha prueba el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal respectivo.

III. CONCLUSIONES

51. De acuerdo con lo expuesto en el presente Informe en Derecho, es posible concluir que:

1^a. La razón subyacente de la exigencia de autorización previa de la judicatura –cual *tercero independiente e imparcial*– para que la Administración pueda proceder a la realización de ciertas actuaciones o a la ejecución de medidas de carácter intrusivo radica en la necesidad de proteger a las personas frente a acciones que afectan o ponen en riesgo el legítimo ejercicio de sus garantías fundamentales.

2^a. Aunque el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador provienen del mismo origen –el *ius puniendi* estatal–, sus funciones y finalidades son diversas. Ello implica que los principios del primero se aplican de forma *matizada* (no rigurosa) al segundo. Ello impide que la prueba producida durante el procedimiento administrativo pueda aplicarse directamente y sin más a un proceso penal, ya que ella no cumple –*a priori*, al menos– con las condiciones y requisitos mínimos contemplados por la normativa penal para su obtención.

3^a. En aquellos casos en que no existe una norma legal que reglamente el traslado de la prueba desde el procedimiento administrativo al proceso penal, el criterio de los tribunales de justicia ha sido fluctuante. Aunque generalmente se acoge en sede penal la prueba generada en el procedimiento administrativo –como *indicio* probatorio que *reafirma* la prueba producida en sede penal–, su empleo queda sujeto a la *valoración* del tribunal con competencia penal, según ello se desprende precisamente de lo resuelto por nuestros tribunales. Relevante resulta en esos casos, asimismo, el hecho de que la inclusión de esta prueba debe dejar a salvo la labor investigativa del Ministerio Público en el proceso penal, cuestión que, según se ha dicho, le exige crear su propia prueba y contrastar la evidencia trasladada desde el procedimiento administrativo.

4^a. En aquellos casos en que, en cambio, existe norma legal que regula el traspaso de prueba desde el procedimiento administrativo al proceso penal, la normativa define el mecanismo que determinará la licitud del uso de dicha información y de tales antecedentes, exigiéndose, para ello, que tal prueba se haya obtenido mediando autorización judicial previa. Ello no obsta a que la licitud de esa prueba pueda controvertirse, con prueba en contrario, y ser excluida por el juez penal en virtud de las reglas pertinentes que consagra el CPP. Tal mecanismo presuntivo de validez de la prueba traspasada desde una sede a otra no altera, sin embargo, la dirección

exclusiva de la investigación que ostenta el Ministerio Público en el proceso penal ni tampoco la valoración que luego hará de dicha prueba el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal respectivo.

Es lo que podemos informar a usted en esta oportunidad. Quedamos a su disposición para aclarar y/o ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe en Derecho.

Saluda atentamente a Ud.,

LUIS CORDERO VEGA
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo

Santiago, 28 de octubre de 2019