



0000001
UNO

A L M M A
A B O G A D O S

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD; EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN QUE INCIDE EL PRECEPTO LEGAL QUE SE IMPUGNA; EN EL TERCER OTROSÍ: SOLICITA SE TRAIGA A LA VISTA PROCESO JUDICIAL QUE SE INDICA; EN EL CUARTO OTROSÍ: ACREDITA REPRESENTACIÓN; EN EL QUINTO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

GUSTAVO A. MUÑOZ BASÁEZ, abogado, cédula nacional de identidad N° 15.565.504-6, en representación de **BLUE SHELL S.A.**, persona jurídica del giro comercial, representada por don Eduardo Lloves Vieira, empresario, ambos domiciliados para estos efectos en calle Mardoqueo Fernández N° 128, Of. 202, comuna de Providencia, Región Metropolitana, el demandante en los autos que más adelante individualizo seguido ante el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, causa sumaria de reclamación de multa administrativa caratulada "**BLUE SHELL CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA REGIÓN DE LOS LAGOS**", causa rol de ingreso tribunal de origen **C-1093-2019**, a SSE., respetuosamente digo:

Que de conformidad con el art. 93 de la Constitución Política de la República de Chile, y en la representación que invisto, y que más adelante se singulariza y acredita, vengo en deducir requerimiento a esta magistratura a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los art. 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario, a fin de que surta efectos en el juicio sumario de reclamación de multa caratulado "**BLUE SHELL CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA REGIÓN DE LOS LAGOS**", que actualmente se encuentra pendiente de notificar la interlocutoria de prueba, ante el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, causa rol de ingreso tribunal de origen **C-1093-2019**.

CUESTIÓN PRELIMINAR:

Para los efectos del presente recurso, se determina que, los preceptos y normas contenidos en los art. 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario, por infringir lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, principalmente por

infringir: el derecho al debido proceso, al principio de legalidad y de tipicidad, previstas y sancionadas en los inc. 6°, 7°, 8° y 9° del numeral 3° del referido artículo.

Se funda este requerimiento en la infracción a los siguientes derechos fundamentales:

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

Tal como se adelanta, y más adelante describe y detalla, los arts. 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario vulneran tales principios al sostener entre otros que:

Art. 163 "...deberá citarse **al infractor** después de levantada el acta respectiva..."

Art. 166 en sus dos dimensiones:

a. De fondo:

"Bastará para dar por establecido la existencia de una infracción... el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla."

Este mismo 166 en relación con el art. 174, sanciona:

b. De resolución:

Bastará para dar por establecido la existencia de una infracción a:

- a. las leyes y
- b. reglamentos sanitarios
- c. las disposiciones de este Código o
- d. de sus reglamentos y
- e. de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile

Art. 174:

“La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales.”

DISPOSICIONES IMPUGNADAS

El texto de las disposiciones cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se pide sea declarada son las siguientes:

ARTICULO 163° del Código Sanitario

Quando se trate de sumarios iniciados de oficio, **deberá citarse al infractor después de levantada el acta respectiva.** La persona citada deberá concurrir el día y horas que se señale, con todos sus medios probatorios. En caso de inasistencia, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 158 del presente Código.

La frase destaca corresponde a una determinación legal previa, que determina sin más, el **grado de participación como consumado,** al determinar desde ya y sin procedimiento previo la calidad de infractor.

ARTICULO 166° del Código Sanitario

Bastará para dar por establecido la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el

hecho y en sus circunstancias esenciales; o **el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla.**

Dos elementos de inconstitucionalidad:

- a. La voz imperativa bastará, da por resultado la **presunción de derecho** de la existencia de la infracción, el acta que levante el funcionario del servicio. Y
- b. Establece como infracción a la ley y a reglamentos sanitarios

ARTICULO 167° del Código Sanitario

Establecida la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite.

Si la infracción se establece sólo con el acta del fiscalizador (166), por una norma que ya determina la responsabilidad previa (163) la sentencia tiene un resultado obvio, que es la sola imposición de la multa. No hay debido proceso.

ARTICULO 174° del Código Sanitario

“La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales.”

Esta norma sanciona infracciones a:

- *las disposiciones de este Código o*
- *de sus reglamentos (del Código) y de*
- *las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile.*

Establece multas por infracciones en una banda desde los 5 mil y hasta los 50 millones de pesos para cualquiera infracción.

GESTIÓN PENDIENTE:

Este requirente expone, que la requerida, Secretaria Regional Ministerial de Los Lagos, en adelante la "seremi", con fecha 22 de febrero del año 2019, notificó a mi representada de la resolución exenta 1910164 de fecha ya referida, conforme con la cual, resolvió imponer multa por 1.000 UTM a Blue Shell S.A., por infringir, según se lee de esta misma resolución, las disposiciones de los art. 184 del Código del Trabajo y artículo 3° y 37° inciso primero del Decreto Supremo N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud y artículo 21 del Decreto Supremo N° 40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, sustentando dichas, supuestas infracciones, conforme con los hechos que se han descrito en la misma resolución en lo siguiente:

1. Que, la empresa no cumplió con la supervisión adecuada para suprimir los factores de peligro que afectó la salud del trabajador Fredy Eladio España Cárdenas RUN N° 11.717.496-4 (Q.E.P.D.), causándole la muerte.
2. Que, al día del accidente, fiscalizadores de la Unidad de Salud Ocupacional se encontraban realizando una visita inspectiva en dependencias de la empresa, por ende, tuvieron acceso inmediato al accidente fatal del trabajador.
3. Se estimó entonces que las conclusiones de su Informe Técnico aportan mayor verosimilitud respecto a los hechos constatados en el Acta de Inspección, las infracciones cometidas por la empresa al momento del accidente fatal y la revisión documental aportada por la empresa posteriormente.
4. Que, dicho Informe Técnico, **el acta levantada por los fiscalizadores del servicio**, concluyó:
 - a. que el examen de altura del trabajador no estaba vigente,
 - b. que el procedimiento de trabajo seguro no es acorde a la actividad realizada;
 - c. que no se constata conocimiento del procedimiento por parte del trabajador;
 - d. que no se realiza identificación de peligros y evaluación de riesgos de la actividad;
 - e. que el trabajador no cuenta con obligación de informar firmada de acuerdo con la actividad realizada; y por último,
 - f. que la utilización de grúa horquilla para izaje de personas obvió instrucciones del fabricante.

Conforme de la misma resolución, se lee que, su entidad fiscalizadora consideró que:

“Todo lo anterior, constituyen infracciones relacionadas con los Art. 184 del Código del Trabajo y artículo 3 y 37 inciso primero del Decreto Supremo N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud. Asimismo, se concluye que la empresa incurrió en infracción al artículo 21 del Decreto Supremo N° 40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”

Para luego, en el ejercicio de su jurisdicción sentenciar y condenar a lo siguiente:

“Así las cosas, resulta procedente que se le condene a la sumariada a una sanción de multa conforme al artículo 174 del Código Sanitario, determinando la cuantía de ésta según la gravedad de la infracción, la reincidencia constatada según expediente 1810EXP131 (sumario sanitario que dice relación con otro accidente laboral ocurrido en la empresa) y el número de trabajadores.”

Que al tenor de lo transcrito, resulta ser decidora la frase consignada en la misma acta y que indica que *“Se estima entonces que las conclusiones de su Informe Técnico aportan **mayor verosimilitud** respecto a los hechos constatados en el Acta de Inspección...”*, es decir, la autoridad a priori, y en aplicación del art. 163 y 166 del Código Sanitario, sin decirlo, dio a un acta mayor valor y desestimó las alegaciones y comprobaciones de la empresa y otros órganos internos y externos a ella, y con ello se le dio mayor preponderancia a lo referido por un informe técnico nacido desde la emergencia en que se encontraba la compañía, más que a los antecedentes expuestos evacuados y aportados por la compañía, una vez que la emergencia fue superada dentro del sumario sanitario iniciado; conforme con lo obrado en ese procedimiento administrativo, se desacreditaron los descargos al referido informe, y, además, se comprobó y quedó asentado que, este, el informe, y consecuentemente la sentencia librada, fue resuelta en razón de un procedimiento nacido de un precepto de ley que vulnera al menos, los derechos y principio al debido proceso, y al principio de inocencia, sin perjuicio de aplicar una sanción infraccional, multa, para un tipo que no especificado, aplicando e integrando por analogía cuerpos normativos varios con la única finalidad de sancionar y sostener una multa por una infracción que ya había nacido como tal, incluso antes (art. 163) de escuchar los descargos, con clara infracción incluso al art. 174 del mismo cuerpo normativo como se verá.

CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

Tal y como se citaba, las normas cuya inconstitucionalidad se alega son las contenidas en los arts. 163, 166, 167 y 174 ya citados. Para estos efectos el conflicto de constitucionalidad que se plantea es, entre estas normas y el contenido y mandato de la norma fundamental del numeral 3° de la Constitución Política de la República de Chile que en lo pertinente a este asunto señala:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

Inc. 6º

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Inc. 7º

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Inc. 8º

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Confrontada esta garantía con los art. 163, 166 y 167 del Código Sanitario, queda en evidencia que, a la autoridad Sanitaria se le confiere estatutariamente una facultad supra que no tienen ni los jueces de la república ni el Ministerio Público, y que por lo demás es contraria a la Constitución, no obstante, y dado que, la autoridad sanitaria ejerce una facultad jurisdiccional al tenor del acto decisorio que ella misma pronuncia, es decir, al dictar **sentencia del sumario sanitario**.

Inc. 9º

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

Lo dispuesto en el art. 174 del Código Sanitario nuevamente pugna con la racionalidad de la normativa en cometo al establecer sanciones de multas “*de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales*” por infringir “*cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile*”

Un ejemplo de semejante arbitrariedad, no querido por la Constitución, por cuanto vulnera el principio de tipicidad del inc. final del n° 3 del art. 19 de la Constitución, estaría dada en que, se sancionará por un juez de la republica con una pena de una multa de una a cuatro UTM para un homicidio calificado, o establecer una pena de presidio perpetuo efectivo, por provocar un desorden en un espectáculo público, total, ambas conductas o hechos están tipificados y sancionados en el mismo cuerpo Código Penal.

Es claro que el legislador Constitucional siempre ha resguardado, primero que todo, en materia penal, ha consagrado el principio de inocencia y la tipicidad del hecho sancionado, luego la proporcionalidad de la sanción, en relación con la constatación de hechos que, siendo parte de un orden sancionador del estado, para que estos estén, como hechos a cuestionar y sancionar, reitero, al menos tipificados, para luego referir que dicha sanción sea al menos proporcional al hecho efectivamente acreditado, todo en un procedimiento llevado conforme con las garantías que la misma norma constitucional establece, no como un favor, sino como un derecho, por medio de la establecer la existencia de un debido proceso, todos principios que, estando determinados en la cata fundamental, no han sido respetados en las normas cuya inconstitucionalidad se reclama.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE SE DETALLAN

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 163 DEL CÓDIGO SANITARIO

Entendiendo que, la responsabilidad penal es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto, y siempre que

dicho hecho sea contrario al orden jurídico, es decir, sea antijurídico y además punible. Es decir, el hecho debe ser típico, antijurídico y culpable, conforme con la concepción clásica. De la comisión de un delito o de una falta se generará responsabilidad penal, o infraccional según sea el caso.

Para el análisis de este requerimiento de inconstitucionalidad, es menester hacer presente lo siguiente:

El art. 163 del Código Sanitario señala en lo pertinente:

“Cuando se trate de sumarios iniciados de oficio, deberá citarse **al infractor después de levantada el acta respectiva**” (lo destacado es nuestro).

Este artículo unido debe relacionarse con el art. 166 y 167 del mismo cuerpo:

*“**Bastará para dar por establecido la existencia de una infracción** a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla.”*

“Establecida la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite.”

Tal y como puede desde ya referirse, el art. 163 ya hace referencia a que, cuando se inicia el sumario de oficio, a priori ya está calificado el sumariado como infractor, es decir, ya la ley lo considera culpable de un hecho que, constatado por el fiscalizador, el funcionario del servicio, incluso, bastará para consolidar la calidad que la propia ley ya le había consignado, consignando esta misma normativa que, bastará esa acta, para establecer la infracción a las leyes y reglamentos sanitarios, para que luego con solo esta única acta, a la que le llaman informe, se dicte sentencia sin más trámite.

El art. 19 N° 3 inc. 7° señala claramente que: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, sin embargo, analizados los tres preceptos de consumo, primero que todo, la ley ya hace referencia en el 163 una calidad prefijada y que aún no ha sido comprobada, es decir, antes de cualquier juicio o ejercicio de jurisdicción, ya entra el fiscalizado con un grado de participación, con una calidad de responsabilidad y de culpabilidad predeterminada por la ley, es decir, como infractor

consumado. Luego, se le da valor de plena prueba al acta de un único fiscalizador bajo el término **“basta para dar por establecido”** en este caso “la infracción” y luego discierne que, solo con ello se establece la infracción y luego dictará sentencia la autoridad sanitaria. La voz es imperativa, da una orden perentoria.

De la conjunción copulativa de las tres normas antes descritas, queda claro que, el grado de participación y la responsabilidad infraccional está predeterminada y ya establecida por la ley como “infractor” (art. 163); luego es la misma ley la que da valor de plena prueba al único informe o acta de un único fiscalizador para establecer la infracción (art. 166 “bastara”) y solo con ese mérito se dicta sentencia inmediata (art. 167).

Si bien la carga procesal del contencioso administrativo dada no establece en forma evidente el establecimiento de una “presunción de derecho” sobre la infracción, queda claro que, es la propia ley en estos tres articulados los que manifiestan que, tal presunción de derecho sí existe, y está establecida por el legislador sanitario, al establecer una apariencia de debido proceso, pero que, del análisis en comento, solo queda en eso, una simple apariencia cuando: la responsabilidad y grado de participación está ya dada por ley, al citar en forma perentoria al “infractor”, cuando además, el grado de participación y de responsabilidad ya está establecido en la misma norma, contrariando el precepto constitucional ya referido, es decir, que no se puede presumir de derecho la responsabilidad penal, en este caso, la infraccional.

Queda claro que, el art. 163, unido a las normas de los art. 166 y 167 ya comentados, lesionan y contravienen el principio o derecho de que no puede establecerse una presunción de derecho sobre la responsabilidad, en este caso infraccional. Es claro que la ley ya le dio anticipadamente una calidad y grado de responsabilidad y de consumación al supuesto infractor que, a la luz de los otros dos artículos, ya no podrá ser desvirtuada con prueba en contrario, estableciendo una verdadera presunción de derecho sobre la responsabilidad que será dictada en sentencia dictada por el órgano jurisdiccional sanitario, sin más y bastando solo aquellos antecedentes.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 166 Y 167 DEL CÓDIGO SANITARIO, INFRINGEN LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO.

Tal y como se hacía referencia, el art. 19 N° 3 de la Constitución asegura a todas las personas como derecho inherente por el solo hecho de ser tal, el denominado debido proceso, el cual, si bien no está expresamente determinado como tal, este se extrae de su inc. 5° que señala:

Inc. 5° Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Este Excmo. Tribunal ya ha sentenciado y determinado el sentido y alcance del concepto de **debido proceso** como:

“Aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”. Esta magistratura ha sostenido que: ***“el proceso debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y Justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en el proceso”***¹

La carta fundamental es clara al imponer la obligación al legislador, y garantizar con ello a todas las personas el deber de establecer “siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”;

La constitución obliga al legislador a establecer: un **procedimiento** y una **investigación**, ambos: **racionales y justos**. Así considerado, todo procedimiento sancionador debe estar contenido por una investigación racional y justo; es decir, el procedimiento no será ni racional ni justo, si la investigación no es, reitero, ni racional ni justa.

Conforme con lo anterior, esto es, la guía que este Excmo. Tribunal da, podemos señalar que, el debido proceso comienza con acciones o denuncias que se impetran, pero que requieren que el acceso a ella esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos, y que lo solicitado tenga garantías de cumplimiento según la naturaleza del procedimiento. A todo ello se aboca

¹ STC rol N° 1838-10, c. 10.

la tutela judicial que en el ámbito del derecho administrativo se trata como “tutela cautelar”, y que el ordenamiento constitucional de la norma en estudio sanciona además con una investigación racional y justa.

La tutela cautelar es uno de los instrumentos que permite equilibrar los poderes de la Administración del Estado y los intereses públicos con la defensa y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos en la denominada justicia administrativa.

La tutela cautelar, como se explicará más adelante, constituye la contracara de las prerrogativas o potestades exorbitantes que tiene la Administración del Estado, donde la tutela de los intereses públicos o generales se equilibra con los derechos e intereses de los ciudadanos afectados, como en este caso, por la actividad de aquella.

Como señala Juan Carlos Ferrada Borquez: “La garantía de los derechos de las personas en un Estado de Derecho descansa, en primer lugar, en la posibilidad que las eventuales lesiones que puedan sufrir los particulares puedan ser conocidas por la jurisdicción. Así, una garantía fundamental que reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el derecho de las personas a la tutela judicial o derecho a la acción, entendiendo por ésta el derecho a acceder a un tribunal de justicia a solicitar amparo o tutela de sus derechos e intereses, cuando se hace necesaria la intervención estatal. En este sentido, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental sustantivo, pero al mismo tiempo instrumental, en la medida que permite a las personas obtener protección jurisdiccional de los derechos subjetivos o intereses que le confiere el propio ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir a mecanismos auto compositivos o directamente a la autotutela de sus derechos.”

Para este autor, en el ámbito de la tutela cautelar, en nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido afirmada categóricamente como un elemento consustancial al derecho fundamental a la tutela judicial, sino como un elemento compatible con ésta, e instrumental a la eficacia de la actividad judicial. Así, el Tribunal Constitucional ha admitido su procedencia, haciendo excepción a otras garantías constitucionales, como la bilateralidad de la audiencia o el ejercicio pleno de otros derechos, siempre que ello descansa en razones suficientes que justifiquen convenientemente la aplicación de esta medida².

² García Pino, Gonzalo - Contreras Vásquez, Pablo, Diccionario constitucional chileno, en Cuadernos del Tribunal Constitucional (Santiago, [Tribunal Constitucional 2014](#)), pp. 311 ss.

La tutela cautelar, en este contexto, se configura así, como un límite a la eficacia inmediata del acto administrativo, ya que tendrá la virtualidad de suspender la aplicación de éste, mientras no se resuelva la controversia planteada acerca de su legalidad. Lo anterior es razonable desde la perspectiva del Estado de derecho, ya que el principio de la ejecutividad de la decisión administrativa no puede operar prescindiendo o al margen de la garantía constitucional de la tutela judicial, la que actúa precisamente como un límite al mencionado principio de la ejecutividad administrativa.

Como señala Díez-Picazo, el derecho a la tutela judicial involucra el derecho de las partes a obtener del órgano jurisdiccional un pronunciamiento razonado, motivado acerca de las peticiones que le puedan plantear las partes³. Dicha exigencia, que se considera una expresión normal del Estado de Derecho, es también aplicable a la tutela cautelar, ya que la resolución que se pronuncia sobre su procedencia o no también está contenida finalmente en una sentencia judicial, en sentido amplio, que para el caso de marras no es sino, la **sentencia del contencioso administrativo denominado en y para este caso en concreto “sumario sanitario”**.

No existe razón que permita sostener la ausencia de fundamento de una sentencia dictada en estos contenciosos, menos la ausencia, para lograr aquella, de una investigación racional y justa, pues el motivo y la congruencia de esa sentencia es una cuestión que emana de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, que bien puede aplicarse como institución jurídica a todos los órganos que ejercen cualquier tipo de jurisdicción, incluso la sanitaria. De esta forma, la imposición de la obligación de las autoridades del Estado de fundamentar las resoluciones que pronuncien, previa investigación racional y justa, aparece como necesaria desde la perspectiva del debido proceso, según el caso, cuyo incumplimiento lleva aparejada una violación grave de un derecho reconocido normalmente como fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

La tutela cautelar es una institución que se vincula estrechamente con el derecho fundamental a la tutela judicial, señalando buena parte de la doctrina que aquella es una manifestación clara de esta última.

Además, la tutela cautelar es considerada doctrinalmente como un elemento esencial de la justicia administrativa contemporánea, siendo la expresión necesaria y natural, como contrapartida, del carácter ejecutivo de los actos administrativos. Así, una

³ Díez-Picazo, Luis, Sistema de derechos fundamentales (Navarra, Civitas, 2008), p. 430.

justicia administrativa que no considere adecuadamente una tutela cautelar carece de un verdadero control judicial de la actividad administrativa, ya que el ciudadano se encuentra en una situación de desprotección frente a la Administración del Estado, más aún, si la normativa que se auto crea por el mismo Estado, limita el ejercicio de derechos fundamentales, en base a la ausencia de una investigación racional y justa en el contencioso administrativo, o bien los limita en base a venales presunciones de derecho, y subsumidos estos procedimientos a elementos de plena prueba generado por el mismo servicio, que impiden el ejercicio correcto de una legítima defensa.

Esta tutela cautelar es reconocida y regulada ampliamente en el derecho comparado de referencia, existiendo cada vez más claridad en la doctrina y jurisprudencia comparada acerca de la importancia de ésta, así como de sus amplios alcances para controlar eficazmente a la Administración del Estado. Ello ha llevado a un perfeccionamiento cada vez mayor, por ejemplo, de las medidas cautelares disponibles para los particulares y sus efectos, conectando ello con la consideración tutelar de derechos e intereses de la justicia administrativa, superando el viejo dogma revisor de la actuación administrativa.

La regulación de la tutela cautelar en nuestro país es muy episódica, limitada y asistemática, careciendo de un verdadero sistema de tutela cautelar en la justicia administrativa. La ausencia de una regulación general en este ámbito, existiendo sólo algunas normas aisladas para algunos procedimientos especiales y una remisión general a las normas procesales civiles dispuestas en el Código Procedimiento Civil, dan cuenta de un vacío que la doctrina y la jurisprudencia no han podido suplir, y por ende, hace necesario el pronunciamiento de constitucionalidad de algunos de sus preceptos.

Conforme con lo anterior, e íntimamente ligado a una tutela cautelar para con el derecho administrativo, este requirente sostiene que, y citando inicialmente el "artículo 19, número 3° inciso quinto, de la Constitución el cual establece el derecho a las garantías de una racional y justa investigación, y con ello obtener como justa consecuencia un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la "tutela judicial efectiva".

Tal motivación de justicia y avocabilidad sostenida en los art. 166 y 167 del Código Sanitario se quebranta, cuando al órgano fiscalizador se le confieren atribuciones

“supra” incluso mayores a las propias de un poder del Estado cuando especifican entre ambos preceptos se contienen:

1. Que **bastará** para dar por establecido la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales (que no deben ser del mismo servicio, sino la ley les llamaría fiscalizadores); o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla. (Art. 166)
2. **Establecida** la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite. (art. 167)

Como ya puede referirse, y así ocurrió en el caso de marras, entre los arts. 166 y 167 bastan dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin distinguir de quien se trata, o bien de una sola, un solo fiscalizador; pero, además, también da valor de plena prueba “el acta que levante el funcionario del servicio”. En estas normas no importa, si el funcionario erró, o se equivocó en su apreciación, no importa la prueba que se rinda en contra de dicha acta y los “hechos constatados”, tampoco importa, si quienes libran tal acta son dependientes de la autoridad que sanciona ni menos, si estos dentro del “debido” proceso dieron cuenta, reiteraron o ratificaron sus propios dichos o sus actuaciones, como en cualquier proceso racional y justo. Lo cierto es que, entre ambas normas analizadas en su conjunto, importan que, en su expreso tenor, no hay debido proceso, pues solo basta el funcionario que constate un hecho, al que se le califica a priori de falta, para dictar sentencia, poco o nada importa si el citado, que ya es infractor, presenta o no prueba, ni la cantidad ni la calidad que ofrezca, por cuanto al sentenciador sanitario solo le bastará indicar lo que el mismo ordenamiento le describe señala y autoriza, dar valor de plena prueba, aun en contra de otra que, aportada legalmente en multiplicidad concordancia y con coherencia, hubiere sido aportada en el contencioso administrativo.

De qué vale la pena presentar cualquier otro tipo de prueba, la abundancia de prueba, y la calidad de la misma, si, en este procedimiento administrativo adversarial, es el propio legislador el que le facilita al órgano jurisdiccional su fallo preconcebido, cuando le da una responsabilidad y grado de participación penal predeterminado, entrega una plena prueba que no admite prueba en contrario, y luego le ordena dictar sentencia con ese sólo mérito, bastándole para ello la sola acta del único fiscalizador.

Primero que todo, no hay ninguna investigación ni menos racional, menos justa, y en ello, tampoco hay un debido proceso.

En el hecho, ya el art. 163, como se hizo referencia en el apartado anterior, determinó a priori la responsabilidad y el grado de partición, al referirse en esta en esta norma en forma *clara precisa y perentoria* al "**infractor**"; luego determina un elemento al cual le da valor de plena prueba, para luego referir que, solo con ella dictará de inmediato sentencia.

En este estadio, resulta evidente que, el proceso administrativo regulados sustancialmente en los art. 163, 166 y 167, ya no resulta lógico, si la participación y el grado de responsabilidad del "infractor" ya está establecido por la ley antes de la citación para formular descargos; y además, resulta arbitrario, si es al propio órgano al cual la ley le asigna un acta con valor de plena prueba, y lo dota de un mérito que sería imposible de destruir, pues "basta" sólo este éste para determinar la infracción, tornando en arbitraria la referida acta, por cuanto su contenido, no podrá ser atacado por ningún tipo de prueba, cuando el sentenciador lo "estima" como mejor con prescindencia a cualquier otro elemento de eximición de responsabilidad.

Además, estos preceptos de los art. 166 y 167 determinan la injusticia de estos, puesto que, bastarán ellos mismos, para sostener el fallo o sentencia, con prescindencia del procedimiento mismo, e independiente de lo obrado sumariamente en él, como ha ocurrido. Es injusto, cuando el art. 166 entra a dar una valoración de plena prueba a una sola acta, extendida por su propia entidad, la cual confrontada con otros tantos informes, múltiples informes, precisos y concordantes de todas formas, se sentencia se dicta en base a este solo elemento de convicción legal, en base a que, le otorgará mayor mérito, sólo porque así lo ha referido quien ejerce esta jurisdicción.

Este derecho, al debido proceso, tiene una doble dimensión: adjetiva y sustantiva. La primera se entiende en función de otros derechos o intereses (civiles, comerciales, laborales, etc.), mientras que la segunda es considerada por la **justicia constitucional**, como un "*derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho*". Por tanto, la tutela será plena, cuando se pueda accionar ante la jurisdicción, directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, **que den una respuesta de**

fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento.

No habrá una sentencia fundada y publica, en la medida que, no se dé respuesta de fondo a los derechos legítimos de la sancionada, mientras sea la propia ley la que sancione y determine dar valor, primero que todo, de plena prueba a un acta levantada por sus propios funcionarios, cuando es la ley la que determina previamente y sin ningún tipo de proceso la calidad grado de partición y responsabilidad penal y/o infraccional de "infractor" sin siquiera haberlo escuchado previamente, y luego de ello, con el solo mérito de lo obrado por su propio servicio, ejercite la jurisdicción dictando una sentencia con mérito de cosa juzgada en razón de la función jurisdiccional sanitaria, mirando para ello sólo lo obrado por sus propios empleados remunerados, y luego de que, sea la misma norma la que indique que con ello basta, elevando veladamente en los hechos a presunción de derecho, en los art. 166 y 167 lo obrado por sus propios fiscalizadores, y aun más, determinando sin ningún procedimiento racional y justo la calidad y autoría consumada de "infractor" incluso antes de ser oído, como se describe en la at. 163 ya tantas veces citado.

Es evidente que esta tutela efectiva de toda jurisdicción se encuentra modulada en un debido proceso, estructurado bajo reglas de racionalidad instrumental o adjetiva. Esto importa una serie de requisitos, límites y condiciones para ejercer el derecho, todas materias propias de los procedimientos que establece la ley. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial "*no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa*" que en el caso de marras es evidente: da lo mismo lo probado en el proceso sanitario, el sentenciador dar en razón de ley, que así lo autoriza, más valor y sin más, al acta o informe de su propio fiscalizador o fiscalizadores, independiente a la prueba rendida en esos estrados, porque es la propia noma que así lo autoriza, y en los pocos y magros fundamentos que por este sancionador se dio: "por así estimarlo" ... y que por poco describe "porque así lo digo yo".

En este sentido y alcance, uno de los derechos implícitos del debido proceso, es precisamente aquel que señala de: "obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente

deducidas por las partes en cualquier clase de procesos”⁴; es así como, se puede definir el **derecho al debido proceso** como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.

Se reitera ahora nuevamente que, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que *"el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso"*.⁵

Dentro de los derechos contenidos en el Debido Proceso, encontramos el Derecho a un juez independiente e imparcial, que, replicado en el ámbito de lo administrativo, no es sino el que, la autoridad que ejerce la jurisdicción, en este caso en el contencioso administrativo, cumpla también con este estándar de valoración, es decir, en el caso de marras, el Director del Servicio de Salud debería ser independiente e imparcial, lo cual desde ya se indica no lo es, ya que es la propia ley en comento quien lo obliga a sentenciar en el modo y forma como se ha referido: debe tener al fiscalizado como “infractor” porque la ley así lo trata (art. 163), debe dar valor de plena prueba a los informes o acta de un solo fiscalizador (art. 166), es decir de su propio personal, porque así la ley lo obliga ya que la voz “basta” es imperativa, y con ello establecida la infracción, lo cual es un proceso previo al contencioso, y **sin investigación alguna**, para luego obligarlo a dictar sentencia bastando solo aquello, ya que el vocablo del art. 167 también es imperativo: “Establecida la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado criterios respecto del derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, criterio que debe aplicable a todo órgano que ejerce jurisdicción, en el siguiente tenor: *"Se debe garantizar que el juez o tribunal **en el ejercicio de su función como juzgador** cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en*

⁴ Eto Cruz (2011), p. 294

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011, c. 10.

desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.”

Conforme con el criterio anterior, es del acaso dable y exigible el suponer que, **todo aquel que ejerce jurisdicción**, esté dotado de tal imparcialidad, cuando queda de manifiesto que, en el proceso contencioso administrativo sumarial, no existe tal independencia, debido a que, se es juez y se es parte, tanto por el que denuncia, el que genera la prueba, luego juzga y falla, como ocurre entre el fiscalizador sanitario que, establece y determina el hecho, y por ende la falta, y luego, al reclamarla ante su propio jefe el superior del servicio, al cual, solo le basta la palabra de su propio empleado, para luego sentenciar sin más, todo en relación con los art. 166 y 167 ya tantas veces comentado, sentencia razonada en y con la sola premisa de infractor al tenor del art. 163 del mismo texto legal, y la plena prueba que el art. 166 le otorga, sin siquiera la necesidad de investigar.

A lo anterior, y para estar ante un debido proceso, se suma el derecho a la igualdad entre partes, que significa, como derecho, a la igualdad en el trato dentro del proceso para la debida protección del ejercicio de sus derechos.

Resulta que no hay tal dualidad de partes en este proceso jurisdiccional administrativo, ya que el denunciante y quien genera la prueba es el mismo servicio, quien, además, vez dicta sentencia, y resuelve los recursos que se puedan oponer en contra de lo por él mismo resuelto, ya que, por decisión administrativa, siquiera procede el “recurso jerárquico” lesionando aún más los derechos procesales administrativos, y por ende el Derecho al debido proceso y al de doble instancia, constituyendo una nueva infracción al debido proceso, toda vez que, el inc. 2° del art. 35 del DS 136 del año 2004 “REGLAMENTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO DE SALUD”, en clara contravención al art. 15 de la ley 19.880, que establece el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, determina que: “Respecto de las resoluciones dictadas por el Secretario Regional Ministerial o sus delegados, que apliquen sanciones o medidas en sumarios sanitarios no procederá el recurso jerárquico.”

No hay debido proceso, sin investigación racional y justa, no hay debido proceso si, por la vía de reglamento si privan los efectos propios de la doble instancia establecido en el art. 15 de la ley 19.880.

Tal y como lo ha señalado reiteradamente la Excma. Corte Suprema “con miras a la resolución del asunto y a la luz de los planteamientos formulados en el arbitrio en cuestión, se debe tener presente que los tribunales de justicia deben ceñirse al **principio de pasividad** que rige su actuar, como al de **congruencia**, determinado por los asuntos sometidos a su decisión, principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, siendo la congruencia procesal en las sentencias un imperativo a respetar por el magistrado al decidir la controversia”. A juicio de este requirente, **este estándar de cumplimiento jurisdiccional, de ceñirse a principios como el de pasividad, no le es solo exigible a los jueces de la república, sino a todos aquellos órganos del Estado y sus jefes de servicio que ejercen la jurisdicción que la ley les entrega.**

No hay duda alguna que, al iniciarse de oficio un sumario sanitario, primero que todo, ya no existe un principio de pasividad, el órgano jurisdiccional es el mismo que denuncia, resuelve y falla. Al referirse al principio de pasividad, entendemos que esta, puede distinguirse en fases para racionalizar el contencioso administrativo; en efecto, hasta la denuncia de oficio, es dable sostener que puede y debe hacerlo el propio servicio en su rol administrativo, pero luego de ello, reclamada su intervención en este proceso reglado, la imparcialidad como ejercicio de esta jurisdicción resulta al menos relevante, más aún si se involucran en ello, derechos como el que se reclama omitido.

En efecto, si reclamada la intervención del órgano que ejerce jurisdicción, dentro de este proceso sumarial, este a mutuo propio defiendo lo por él mismo sancionado, y en ello evoca racionalizaciones que le aventajan en su propio fallo, deja en evidencia que tal pasividad no existe en este procedimiento sumarial, permitiendo asegurar que, no sería, en consecuencia, ni racional ni menos justo, cuando sin que exista parte (por ser él mismo la denunciante) luego su fallo lo sustenta en una única prueba creada por él mismo, al cual es la propia ley la que le da un valor de plena prueba, para luego ser este mismo órgano el cual aplica la multa, luego se contenga y refriega en lo resuelto el uso de la norma que a él mismo le favorece, como es, dar preponderancia o sobre valoración a lo que sus propios agentes han hecho o hicieron, causando el inicio del sumario respectivo, no es sino, en valorar la prueba conforme a lo que la ley le permite y que, a juicio de este, resulta ser inconstitucional, sea porque la ley establece en forma previa la responsabilidad y grado de participación punible antes de entrar al contencioso administrativo, sea porque la imparcialidad alegada y reclamada no se registra, cuando se es denunciante, se genera la prueba que servirá de base para su fallo, luego la pondera y valora, para posteriormente con ella dictar sentencia condenatoria, no para establecer la responsabilidad sino solo la multa, ¿pues dicha responsabilidad solo se

ratifica, con clara prescindencia a cualquier tipo de prueba que se pueda rendir, ya que “basta” su acta, el acta de su fiscalizador para acreditar la infracción del que la ley ya consideraba como infractor.

No hay pasividad en nada en un procedimiento sumarial cuando este se ha iniciado de oficio por el mismo servicio. Es preciso referir que, el único contradictor es, en este caso, mi representada, quien ha contradicho al propio servicio que es juez y es parte en su propio sumario iniciado por él mismo con sus propios trabajadores y con su propio y único medio de prueba.

Así considerado, y ya enfocados en el “*principio de congruencia*”, debe buscarse el fundamento de esta causal de inconstitucionalidad, y sobre el particular, se puede recordar que la congruencia -como principio que informa el proceso- encuentra su fundamento en “*el principio dispositivo*”, (Gómez Orbaneja, Derecho Procesal Civil, pág. 193); “*en los conceptos mismos del proceso y de la sentencia*”, (Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, pág. 974), o “*en todos los principios que informan el proceso*”, (Serra Domínguez, Derecho Procesal Civil, pág. 396).

Como ya lo han resuelto los tribunales superiores de justicia, “cualquiera sea el fundamento doctrinario que se escoja, es un hecho no discutido que la legislación chilena, siguiendo sus fuentes, consagró, en términos generales, como elementos estructurales del sistema jurídico, la pasividad del juez, en este caso, o de quien ejerce la jurisdicción contenciosa sanitaria, como así también, la limitación de su competencia a lo pedido por las partes, principios que, sin mayores variantes recoge la idea manifestada en la Ley 16 del Título XXII de la Partida III de Alfonso X,”; “...de todos modos, (luego de citar casos en que el juicio no es valedero), el juez debe decidir de la manera en que se presenta la demanda...”

Que, del estudio de las disposiciones legales del ordenamiento jurídico nacional, especialmente de la ley 19.880, se aprecia que el legislador tuvo el cuidado de equilibrar los principios rectores del proceso administrativo. En efecto, si bien establece la obligación del fallo morigeradora su efecto limitando el campo de acción a la materia sometida en el contencioso por las partes, en este campo. De esta manera, al decir de Anabalón Sanders, se ha “*querido poner atajo a la arbitrariedad judicial*”, (Derecho Procesal Civil, pág. 48), que, aplicado en el campo del derecho administrativo se tiene que, al menos el ejercicio de la jurisdicción debe sujetarse a los principios que el propio

Derecho Administrativo lo sujeta, no solo al debido proceso, como garantía fundamental como se indica en la carta fundamental, sino también, a los principios rectores de ese ordenamiento, entre los cuales está también contenido el de “imparcialidad” contenido en el art. 11 de la ley 19.880, en cual se le ordena actuar con “**imparcialidad**” y con “**objetividad**” tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Aquí cabe reiterar, no hay investigación, solo hay un acta, no hay un real proceso, pues la norma misma citadas (art. 163, 166 y 167) determina participación grado de responsabilidad y consumación, bastando para ello solo un acta del mismo servicio. No hay, ni imparcialidad ni objetividad.

De qué manera puede ejercer la jurisdicción el órgano estatal con “imparcialidad” y con “objetividad”, si es él mismo quien **denuncia**, por intermedio de sus agentes, **investiga**, por intermedio de sus trabajadores, **sanciona**, por los hechos constatados por sus fiscalizadores, y **codena**, por la declaración de uno solo de sus apatronados; y, al revisar las reclamaciones cuando estas son reclamadas, es él mismo, quien la mantiene y argumenta, y además, en base a su propio reglamento dictado por él mismo, niega la doble instancia, es decir, niega el recurso jerárquico para reclamar lo resuelto por el Seremi ante su superior jerárquico.

Tal como se refería, un elemento esencial del debido proceso es el de pasividad, que unido al de imparcialidad, dan como claro resultado que, los arts. 166 y 167 del Código Sanitario hacen que sean absolutamente contrarios al debido proceso, pues no garantizan ni establecen una investigación racional ni justa, menos un procedimiento imparcial y justo, llevado por un órgano que ejerza la jurisdicción en forma imparcial menos objetiva.

La consulta es evidente: ¿Puede la jurisdicción administrativa mantener la imparcialidad y la pasividad, elementos esenciales del debido proceso, a la luz de los art. 166 y 167 del Código Sanitario? La respuesta es clara: **no**.

A tal punto es la indiferencia que se da a tales elementos que, cuando el proceso administrativo NO parte de oficio, esto es, cuando el sumario se inicia por vía de denuncia de terceros, el art. 164 del Código Sanitario habla de “*posible infractor*”, en tanto que, cuando es de oficio señala expresamente “deberá citarse **al infractor** después de levantada el acta respectiva” la cual luego es sostenida como plena prueba.

Resulta claro y evidente que, cuando el sumario se inicia de oficio por la autoridad dotada de jurisdicción, la responsabilidad y el grado de participación ya está determinado, la prueba esencial y única para establecer el hecho, la establece la propia ley con efecto de plena prueba, la sentencia procede de oficio por ese propio y único mérito, y la condena se cita, en base una presunción de veracidad que no admite prueba en contrario; a la luz de los art. 163, en relación con los art. 166 y 167, la condena ya está determinada al que desde ante mano es considerado como infractor, y como ya se ha dicho, incluso en base a su propio reglamento se impide el ejercicio de la doble instancia, prohibiendo el ejercicio del recurso jerárquico.

Si este Excmo. Tribunal verifica los componentes normativos vinculados entre los art. 163, 166 y 167, se podrá verificar que, no hay debido proceso, pues incluso estas normas dan por hecho la existencia de una infracción, desnaturalizando aún más el debido proceso, pues ahora, además de corromper el debido proceso, destruye el “**principio de Inocencia**”, debiendo ahora, probar la inocencia del que por ley de ante mano es mal llamado como “infractor”.

En efecto, el debido proceso enmarca la actividad jurisdiccional la autoridad sanitaria a discurrir en su fallo, en lo específicamente debatido por el supuesto infractor, imponiendo un marco regulador dentro del cual, las partes (denunciante y denunciado) fijaron la controversia, teniendo presente que el servicio es juez y es parte, perdiendo la imparcialidad y la objetividad anotada.

Cuando un órgano del Estado por medio de su propia reglamentación desconoce ese marco, es decir, infringe el art. 11 de la ley 19.880, pierde la imparcialidad y la objetividad requerida, requisitos *sine qua non* del debido proceso, lo que hace en definitiva es corromper el proceso, y con ello, se vulnera el principio que sostiene esta causal de declaración de inconstitucionalidad, precisamente porque no hay un debido proceso.

Tal y como se ha referido, la constitución asegura a todas las personas, un proceso previo legalmente tramitado, asegurando con aquello, la igualdad protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; es por ello, que, la pretensión es un elemento procesal esencial que, trabada la litis administrativa, resultan inamovible al momento de que el sentenciador resuelva la controversia ya que, de modo contrario, si tanto la pretensión del reclamante, como la denuncia pudieran cambiarse, alterarse o

sustituirse, sin mediar para ello un mecanismo procesal adecuado y previo al juzgamiento, no promovería sino el quebrantamiento al debido proceso como se está planteando, y que, en la materia de autos implica que, de sostener como legal y válido a la luz del principio debido proceso los art. 166 y 167 en relación con el art. 163 ya referidos, el proceso se torna inocuo, e innecesario, si de ante mano tales normas ya han dotado de veracidad plena a lo visto y creado por el propio servicio denunciante mediante sus agentes remunerados, quien es además en este contencioso el reclamado, ante quien además es el denunciante juez y parte.

No cabe ninguna duda que, el Servicio o seremi tiene todas y cada una de las competencias que el propio Código Sanitario de confiere, sin embargo, la competencia a la cual hacemos ahora referencia es a la competencia dada por la jurisdicción administrativa contenida en los art. 161 y siguientes de esa reglamentación.

La palabra *competencia* tiene su origen etimológico en el latín "*competere*" que significa "corresponder" o "pertenecer".

A su turno y, desde un punto de vista jurídico, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española precisa que la competencia es "la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto".

Así las cosas, podemos sostener que **la competencia es** "*el poder - deber que tiene cada autoridad para resolver, con efecto de cosa juzgada y en forma exclusiva y excluyente, los conflictos jurídicos relevantes sometidos a su conocimiento*".

Usualmente decimos que la **Jurisdicción** constituye el poder-deber del Estado de administrar justicia y ésta es indivisible. Sin embargo, dada la extensión territorial de los Estados y la multiplicidad de conflictos jurídicos que han de conocerse, se hace necesario entregar a cada autoridad el conocimiento específico de un asunto sin que otra pueda entrar al conocimiento de aquél una vez que el asunto ya se radicó en el primero. Por eso decimos que la competencia es exclusiva de esa autoridad y excluyente respecto de cualquiera otra.

Rocco, indica por competencia como: "**Es aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios**

a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella”⁶

La cuestión de la autoridad competente o de la predeterminación legal de la competencia de determinada autoridad, está estrechamente ligada a los derechos fundamentales. En efecto, todas las normas de competencia (como facultad) están vinculadas con el resguardo del derecho a la autoridad predeterminado, derecho que está consagrado en la propia Constitución en el artículo 19 N° 3, inciso 4°, que dispone que "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho" ⁷ o si bien se prefiere en lo que dispone en el inc. 2° del art. 7° de la carta fundamental cuando señala: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes."

¿Qué ley dotó al Ministerio de Salud de la autoridad para que, por medio de su reglamentación DS 136 del 2004 lesionara el debido proceso, quitando el derecho a la revisión de lo resuelto por sus dependientes las Seremis por medio del recurso de revisión el cual lo prohíbe en el caso de los sumarios? Evidentemente no existe tal ley ni tal atribución.

De las normas citadas emana la exigencia para que el legislador contemple las reglas conforme a las cuales se distribuirá el ejercicio de la jurisdicción entre las diversas autoridades del país de modo de resguardar que todo ciudadano será juzgado por el Tribunal, o por la autoridad que ejerza jurisdicción, que fija la ley con anterioridad a la ocurrencia del hecho que origina el conflicto y no por otro distinto. La autoridad natural impone la "inderogabilidad" y la "indisponibilidad" de las competencias, esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias ⁸, lo cual significa que debe estar establecida con caracteres de objetividad y generalidad tales que impidan a la autoridad, cualquiera que sea, la posibilidad de crear o modificar el tribunal que ha de conocer el asunto", que en el caso en concreto sería, la autoridad sanitaria quien es la que ejerce la jurisdicción en esta materias.

⁶ ROCCO, Ugo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, p. 246.

⁷ El artículo 2° del Código Procesal Penal, en los mismos términos dispone: "Artículo 2°. -Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 30 de mayo de 1999. "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú". *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos*. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p. 144.

Entre las exigencias que se deben configurar para que el fallo de toda autoridad sea válido, tenemos que, el órgano debe estar dotado de competencia. Este requisito es un presupuesto procesal, es decir, un requisito de validez del **proceso administrativo**, pero además una garantía del justiciable consagrada en la Constitución (artículos 7° y 19 N° 3, inciso quinto); en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1); y, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14).

"En la designación de la persona o personas concretas dotadas de jurisdicción que han de constituir el órgano, se ha de seguir el procedimiento legalmente establecido"⁹. Este requisito asume la realidad de que los órganos están constituidos por personas y que no hay un avance real en el resguardo de la garantía si se reemplazan las comisiones especiales por órganos jurisdiccionales permanentes, pero cuyos integrantes pueden ser nombrados o reemplazados discrecionalmente.

En consecuencia, y unido a los elementos adicionales, la autoridad que dictó la sentencia que se recurre dictada en razón de una norma inconstitucional, no podía ni debía extender su decisión a cuestiones que no le hayan sido sometidas por las partes, a menos que esté facultado, pero que, en este caso, dicha facultad se empaña y oscurece por ser contraria a los principios del: debido proceso y del de imparcialidad y de proceder con objetividad como se viene sosteniendo.

DERECHO A UNA TUTELA LEGAL EFECTIVA

Tal como la noción de "derecho a la tutela judicial" la cual importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales, se tiene aquella que, legalmente le cabe al Estado y a sus órganos, en el ejercicio de la potestad administrativa, es decir, de los art. 7° y 19 N° 3 inc. 1° de la Constitución, dicha tutela que normalmente se le da a los tribunales de justicia, debe serlo también para el Estado en todos aquellos órganos que ejercen jurisdicción; así, el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante los órganos de la

⁹ MONTERO AROCA (2003) 85.

administración del Estado, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad legal y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales, como lo es en este caso, el derecho a un debido proceso, el cual está consagrado en otros cuerpos normativos para la autoridad estatal como lo es la ley 19.880, y la Ley de probidad Administrativa contenida en la ley de bases de la Administración del Estado.

Así, la tutela efectiva de los derechos inalienables a todas las personas no solo está en la órbita de los tribunales de justicia, sino en toda aquella autoridad a las cuales la ley les da atribuciones o dota para ejercer jurisdicción en sus respectivos ámbitos.

Este derecho se deduce del artículo 19, numeral 3°, inciso 1°, de la Constitución que garantiza a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos".

El elemento definitorio de este derecho es la concurrencia de todos los presupuestos jurídicos que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso. Si hay un punto de frontera entre el derecho a la tutela efectiva y el debido proceso es justamente aquel que permite distinguir todos los factores externos al proceso y que lo predeterminan.

El proceso administrativo comienza, en este caso el sumario sanitario, con la denuncia que se impetra de oficio por la autoridad. El contencioso administrativo requiere que el acceso a este, esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos por el denunciado, todos ellos consignados en la denuncia, y que lo solicitado por el denunciante tenga garantías de cumplimiento eventual según la naturaleza del procedimiento, las que no se visualizan de los art. 166 y 167 del Código Sanitario, menos si el tratamiento ya dado por el art. 163 es desde antes del inicio del mismo trata como "infractor" al futuro multado. A todo ello se debiera avocar la tutela efectiva.

Así, este Tribunal Constitucional ha sostenido que, el *"artículo 19, número 3° inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la*

legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva¹⁰, que puesto en el ámbito del derecho administrativo sería, la “tutela legal administrativa efectiva”.

Como componente del debido proceso, es un derecho conectado conceptualmente con la **imparcialidad** **objetividad** e **independencia** de la autoridad llamada al ejercicio jurisdiccional en el ámbito de las facultades que son de su competencia, puesto que obliga a la configuración legal previa de la autoridad que resolverá de conformidad con criterios objetivos y públicos, y a conocer por estos, de las materias que la ley y el reclamante ha sometido a su decisión, causando, en este caso la reclamación de la sentencia administrativa en hechos o elementos facticos conforme con los cuales, y confrontados estos con la prueba legalmente rendida en la causa, determinen la existencia de un fallo librado con efecto de cosas juzgada, en un procedimiento legal y justo, que, mirado ahora con la visión de constitución de la garantías que han sido vulneradas, dejan dotada de ilegalidad los art. 166 y 167 del Código Sanitario, precisamente por vulnerar estos al debido proceso, por determinar a priori la calidad de infractor (sin prueba), para luego sancionar una falta como consumada, incluso antes del juzgamiento ante el órgano administrativo.

En suma, los art. 166 y 167 privan de constitucionalidad al referido contencioso administrativo sanitario, por cuanto este no se ajusta al principio inalienable del debido proceso, porque, no hay una investigación ni racional ni justa, sea porque, el órgano que ejerce jurisdicción carece de la imparcialidad, carece de la objetividad y carece de la independencia necesaria para resolver en contra de su propia denuncia, en contra de su propia prueba, a la cual la ley le asigna la calidad de plena, la cual, los artículos citados obligan en dichos términos por ser normas imperativas en su redacción. El director del servicio, es denunciante, por intermedio de sus empleados los fiscalizadores, el Director del servicio, ejerce la jurisdicción que el propio Código Sanitario le entrega en los art. 161 y siguientes, y al hacerlo, debe ajustarse a lo que previene el art. 163 que determina que el denunciado ya tiene la calidad de infractor, es decir, ya está establecida en forma previa por la ley el grado y la participación punible del ya mal previamente denominado “infractor”; debe el órgano jurisdiccional tener como plena prueba el acta que levanta el propio funcionario del servicio (art. 166) y en base a esa prueba, la autoridad sanitaria debe dictar sentencia (art. 167).

La contradicción anotada es vital para verificar el desajuste de constitucionalidad, mientras el art. 163 ya califica al denunciado como infractor, el art.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1130, de 7 de octubre de 2008, c. 6.

166 determina que el acta que levanta por el funcionario del servicio basta para establecer la infracción, y luego el 167 dispone establecida la infracción, la autoridad dictará sentencia; entonces, no hay investigación racional y justa, no hay ningún juzgamiento, no es la sentencia dictada en el ejercicio de la que determina la existencia de la infracción, es el acta del fiscalizador la que establece tal supuesta infracción, entonces, no es la sentencia de la autoridad sanitaria la que determina la existencia de la infracción, ésta ya está preconcebida y dada, lo que provoca que este órgano solo se limita, en consecuencia a reconocer la infracción e imponer la multa.

No hay debido proceso, si la responsabilidad infraccional queda radicada, según la ley, en un “infractor” que no puede en este tipo de procedimientos demostrar su inocencia, cuando entra sentenciado y comprobada la infracción solo por el acta de un fiscalizador, y la sentencia de quien ejerce jurisdicción y tiene la competencia y jurisdicción para ello, solo queda para condenar e imponer una multa, que por lo demás no está expresamente tipificada, el cual es otro vicio de inconstitucionalidad.

INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE TIPICIDAD ESPECIFICA DE LA INFRACCIÓN CURSADA

“La constitución asegura a todas las personas” reza el inc. primero del art. 19 de la Constitución, y luego en el N° 3 señala “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”

Agrega en el mismo sentido, en sus inc. 8° y 9° que:

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella

Por su parte, el art. 3° del Código Penal chileno señala:

Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21.

Por su parte el art. 21 del Código Penal señala y describe en lo particular, las penas de las faltas, entre ellas, las multas.

Qué duda cabe que, cuando el art. 174 del Código Sanitario impone una multa de “un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales”, no es sino, una clara manifestación del *ius puniendi* del Estado.

Para estos efectos desde ya replicamos lo que ha sentenciado este Excmo. Tribunal Constitucional a partir de la sentencia Rol N° 244 del año 1996, y en sentencia 2922-2015, en la que asentó que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”.

La doctrina mencionada, ha sido replicada en innumerables fallos judiciales y en otros tantos pronunciamientos de Contraloría General de la República desestimando sentencias o multas que, en su origen, como ocurre en la especie, provocan un serio perjuicio a esta sancionada, sea por hechos sancionados **no tipificados con certeza al tenor de la multa cursada**, sea, porque en estas se han incurrido en errores en su tipicidad y comprobación, sea porque no se ha indicado cuál es elemento del tipo que se ha infringido; es decir, no se ha sancionado un hecho claro preciso y ciertamente determinado.

Conforme con esta doctrina del Tribunal Constitucional se asienta que, tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador tienen su origen en un Derecho de orden Punitivo estatal único, situado por encima de estos, que los alimenta de sus principios y restricciones. En virtud de este origen común, surge la habilitación para aplicar “con matices” los principios constitucionales del orden penal al Derecho Administrativo Sancionador, con lo cual se buscó establecer, conforme al marco del Estado de Derecho, un conjunto de garantías para todos los particulares, y en ello, la tipicidad específica que constituyen los hechos que dan causa a la sanción que se aplica.

Conforme se viene sosteniendo, la reclamación que se verifica por este requerimiento precisa que, además de estar afecto a un proceso indebido, se ha vulnerado además el principio de tipicidad contenido en el inc. 8° del N° 3 del art. 19 de la carta fundamental, al momento de sancionar a mi representada con la multa, dado que, conforme con su redacción, no existen hechos claros y precisos, en la sentencia que condenó a la multa de mi representada.

Estrechamente vinculado con el infringido principio de legalidad, pero con elementos que permiten marcar algunas diferencias, el **principio de tipicidad en los procesos sancionatorios administrativos**, ha sido también proclamado con uno más de los principios a los que debe someterse el Derecho administrativo sancionador.

Este mismo Excmo. Tribunal Constitucional ha hecho la distinción al señalar que:

"...es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta"¹¹.

En este caso, la norma de referencia es la contenida en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, el cual dispone: "***Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella***". El propio Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer cuál es su alcance:

"Este principio, universalmente reconocido, surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos"¹²

¹¹ Sentencia rol N° 244, de 1996, considerando 10°

¹² Sentencia rol N° 46, de 1987, considerando 18°.

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado posteriormente:

"la función de garantía ciudadana del principio de tipicidad –el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona– se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma"¹³.

Si bien en el ámbito penal se discute si el fundamento del principio de tipicidad se debe encontrar en la certeza subjetiva que éste debe otorgar –tal como se desprende de los fallos citados– o de una garantía normativa que **reserva al legislador la determinación de las conductas punibles**, lo cierto es que en materia administrativa la tipicidad cumple esta doble función¹⁴. Por una parte, dada la complejidad de las materias, conductas y deberes que se imponen en el ámbito administrativo, es necesario que los particulares, en este caso mi representada, tengan la certeza de estos con el objeto de adecuar su conducta a lo exigido por la autoridad para no incurrir en alguna infracción; o bien, si es que la ha cometido, pueda corregirla para acceder a los beneficios de rebaja de la multa. Al mismo tiempo, dicha conducta es en principio legítima, salvo que el propio legislador determine que debe ser prohibida y sancionada, cuestión de estricta reserva legal.

Con todo, si bien el art. 174 del Código Sanitario, establece una sanción por el incumplimiento no de una norma en específico, sino “cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos”, describiendo una banda indeterminada para multar entregada a un arbitrio de atipicidad, o de indiscriminación en su aplicación que va desde “un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales”, es decir, desde los \$5.037.- hasta los \$50.372.000.- sin distinguir por la gravedad de la falta, sino simplemente señalando que “las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original”. Retomando el ejemplo de base puesto al inicio de este recurso: la discrecionalidad del órgano que ejerce la jurisdicción en base a la amplitud indiscriminada de esta antirregulación contenida en el 174 del Código Sanitario, que aplicado análogamente a las sanciones contenidas en el Código Penal, podría dar la libertad a un juez de sancionar un homicidio calificado con una pena de una multa de una a cuatro UTM, como también podría sancionar con presidio perpetuo calificado a aquel que “con rondas u otros esparcimientos nocturnos altere el sosiego público, desobedeciendo a la autoridad.”

¹³ Sentencia rol N° 549, de 2007, considerando 12°.

¹⁴ Sobre la materia véase Van Weezel, cit. (n. 36).

Resulta del todo ilógico que, se pueda sancionar cualquier conducta infraccionar con una multa que puede ir desde 5 mil hasta los 50 millones y duplicarlos en caso de reiterar la conducta.

La multa contenida en el art. 174 del Código Sanitario siquiera contiene una descripción o mecanismo al menos vago, que permita dar un principio de regulación a una sanción de tan basta aplicación, es decir, se pueda aplicar discrecionalmente para todo.

Don Carlos Kümsemüller, Ministro de la Excma. Corte Suprema señaló en su cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Chile lo siguiente:

*“tipo penal y tipicidad no son lo mismo. **Tipo penal** es la descripción objetiva que hace la ley de la conducta que pena con la pena penal. **Tipicidad** es, entonces, una característica de las conductas humanas que consiste en coincidir con la descripción contenida en el tipo penal abstracto. Es un asunto de subsunción de una conducta concreta al supuesto de hecho contenido en la norma. Es por eso mismo, cumpliendo su función de garantía, que la descripción típica debe ser lo más completa y detallada posible con la finalidad de tener muy claro qué conducta constituye y evitar caer en la arbitrariedad judicial al determinar las conductas que son delito.”*

Así considerado, el principio de reserva o de legalidad penal, establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política aludido en este requerimiento, establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, lo cual se traduce en lo sustancial, en que **sólo la ley puede crear delitos y establecer sus penas**, concepto que hay que complementar necesariamente con los principios de la irretroactividad de la ley penal y la tipicidad.

Como bien se decía anticipadamente, el art. 3° del Código Penal clasifica al delito conforme con su gravedad, siendo la falta el delito de menor gravedad, según la escala general del art. 21 de la misma codificación, norma en la cual, sanciona al delito-falta con multa.

Reiterando lo ya expuesto, la falta sancionada con multa contenida en el art. 174 del Código Sanitario, no es sino una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que como se ha sostenido, requiere la certeza que todo el ordenamiento constitucional requiere para su validez, es decir, que este tipificada la infracción, y luego, que se cumpla con la tipicidad del tipo infraccional que se pretende por el Estado.

Conforme con lo que se viene sostenido, el art. 174 del Código Sanitario sanciona “la infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile” es decir, sanciona todo tipo de contravención, y luego establece la pena que va “desde un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales”, de cinco mil hasta 50 millones de pesos, sin ningún marco regulador que permita al órgano que ejerce la jurisdicción determinar que sanción aplicar, si la menor o la mayor, solo da como margen multiplicador el que, puede aplicar el doble de la multa en caso de reincidencia.

El derecho chileno constituye una unidad, en la que todas las instituciones, normas y procedimientos se deben llevar a que sean aplicadas en forma armoniosa, de manera que entre todas ellas no existan contradicciones.

Este requerimiento adicionalmente se fundamenta en las disposiciones de los artículos 22 y 24 del Código Civil, que obligan a interpretar las leyes “de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” y que “los pasajes oscuros o contradictorios ... se interpretarán ... del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, de tal manera que, para la aplicación de la unidad del derecho que se ha señalado precedentemente, resulta indispensable que todas las instituciones, normas y procedimientos se ajusten a un padrón común, que no es otro que la Constitución Política de la República, cuyas normas tienen preeminencia sobre toda otra norma, e incluso, pueden ser aplicadas en forma directa e inmediata.

Tal y como ya se ha hecho referencia, uno de los principios esenciales contenidos en la Carta Fundamental que nos rige, y que debe respetarse ineludiblemente, porque constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, es el de la reserva o tipicidad contenido en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, que dispone que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley

favorezca al afectado”, principio que beneficia tanto al Estado, o como en este caso al infractor -impidiendo que se le aplique una pena más severa que la que la ley contempla- como a la sociedad toda, que ejerciendo el “*ius puniendi*” a través del órgano jurisdiccional administrativo, a quien puede y debe exigir que no se aplique una sanción no contemplada en la ley que tipifica la falta, o dicho en otras palabras, que se aplique la ley penal sustantiva en su integridad.

Que el artículo 174 del Código Sanitario, es una norma “*ordenatio litis*” y no “*decisoria litis*”, pues ella es una disposición adjetiva y no una sustantiva que contenga una derogación de tipos penales (infracionales) a los cuales haya de aplicarse, debiendo entenderse que –dentro del concepto unitario del derecho que, la facultad que ella entrega para condenar a una pena de multa en la extrema banda que describe, no implica el olvidar que, para ello se requiere que la conducta esté plenamente identificada, y la sanción que se le aplique también debe estarlo.

Si se sostuviera que, cualquiera infracción a cualquiera de las disposiciones de Código Sanitario lleva consigo una multa del art. 174, implicaría que, al tenor del art. 163 del mismo texto, que a priori califica como infractor sin debido proceso, sería aceptar que la norma del artículo 174 ya citado, constituiría una ley penal derogatoria en blanco, no sólo del tipo penal aplicable (a cualquiera cosa que regule el código) sino que de toda la operatoria penal sustantiva que rodea cada caso, como se ya se explicado, que operaría cuando el servicio así lo requiero u ordene a sus fiscalizadores, o sea, su derogabilidad dependería de una condición meramente potestativa del quien ejerce la jurisdicción administrativa, la propia seremi, la que sería nula, de acuerdo a los principios generales, y que produce una anarquía absoluta en el derecho, lo que es inaceptable, esto es, es inaceptable que el art. 163 determine la culpabilidad sin proceso, luego que el 166 y 167 determine una prueba indefectible y una presunción que no admite prueba, para luego sancionar con multa una conducta general y abstracta e indiscriminada por cualquiera infracción a cualquiera norma, por grave o leve que sea, sin estar plenamente identificada la conducta que se sanciona, con una pena incierta.

Además, es dable sostener que, “la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades

legislativas al Presidente de la Republica, de conformidad a lo que dispone el art. 61 inc. 2°, de la Constitución Política”¹⁵

Este Excmo. Tribunal Constitucional, ha sentenciado, por ejemplo, que *“la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer”*¹⁶

Sabido es que el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa –ya sea correctiva o disciplinaria- debe ajustarse a ciertos parámetros o criterios mínimos de racionalidad y justicia, gran parte de los cuales han sido desarrollados profusamente en el ámbito penal. Ahora bien, dichos principios, conforme lo ha señalado la mayoritaria jurisprudencia y doctrina nacional, deben ser aplicados de manera matizada en el derecho administrativo sancionador, como ya lo he referido.

La observancia del principio de tipicidad es obligatoria en el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria, ya que dicha exigencia viene impuesta por la Constitución Política, desde el momento, en que no cabe sino entender, que todo ejercicio de potestades punitivas, debe quedar sujeto a las garantías del artículo 19 N° 3 del Código Político, interpretación que se ajusta plenamente con el *principio favor persona o favor libertatis*.

Entendido todo lo anterior, y con **grave infracción al principio de reserva legal** como se viene sosteniendo, la frase contenida en el mismo art. 174 del Código Sanitario que señala como sancionable por dicho órgano, no solo lo que dispone esa codificación sino también las disposiciones de **“sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso”** cabe reiterar en este apartado lo que ya ha sido sancionado por este Excmo. Tribunal: “la Constitución precisa de manera clara que **corresponde a la ley y**

¹⁵ Sentencia rol 244-95.

¹⁶ (Tribunal Constitucional, 22 de abril de 1.999, Rol N° 286, Revista Derecho y Jurisprudencia, t. 96, sec. 6°, pág. 53).

solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la Republica”

En consecuencia, la frase del art. 174 que describe como sancionables las conductas “de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile” vulnera como se sostiene el principio de reserva legal y de legalidad, por entregar a una mera reglamentación y a las resoluciones de jefes de servicio, las facultades legislativas sancionatorias infraccionales que, conforme con la carta fundamental, como se ha dicho, **son materias exclusivas y excluyentes de reserva legal,** pues la constitución precisa que **“corresponde a la ley y solo a ella”** establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, que hacen absolutamente improcedente la delegación de la facultad sancionatorio según se ha sostenido y ya fallado por este Excmo. Tribunal.

En suma, la frase del art. 174 ya referida, esto es, el que se pueda sancionar y en ello multar conductas contenidas en reglamentos o resoluciones que dicten los jefes superiores de servicios, es inconstitucional por vulnerar el principio de reserva legal consagrado en la constitución.

Conforme con todo lo expuesto, mi representada fue sancionada por infringir no una norma del Código Sanitario como ordena al art. 174, sino además por reglamentaciones que dictó el mismo servicio y por otro ministerio al siguiente tenor:

“...constituyen infracciones relacionadas con los Art. 184 del Código del Trabajo y artículo 3 y 37 inciso primero del Decreto Supremo N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud. Asimismo, se concluye que la empresa incurrió en infracción al artículo 21 del Decreto Supremo N° 40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”

Es decir, la requerida sancionó no por infringir una norma del Código Sanitario como refiere el art. 174, sino el Código del Trabajo, luego por infringir meros reglamentos que esta misma resolución se detallan, infringiendo el principio de reserva legal, que da potestad al órgano jurisdiccional a sancionar penalmente por vía de determinar y condenar por una falta no tipificada en la ley sino en meros reglamentos y

resoluciones de jefes de servicio, materias todas las cuales, escapan y contradicen al principio de reserva legal ya referido.

POR TANTO; y en razón del art. 93 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile

PIDO A SS. EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que, de conformidad con la norma citada, tenga por interpuesto el presente recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo declare admisible, y, en el mérito de los razonamientos de hecho y de derecho expuestos en el exordio de este escrito, lo acoja en todas sus partes y, en ello declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los art. 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario, para que tenga sus efectos de esta declaración que se pide, en el juicio seguido ante el 1° juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, causa rol C-1093-2019 caratulado “Blue Shell S.A. con Secretaria Regional Ministerial de Salud de Los Lagos”, con costas.

PRIMER OTROSÍ: para efectos de acreditar los hechos que se indican, acompaño en este acto copia simple de los siguientes documentos:

1. Copia de la demanda impetrada en el juicio referido en lo principal de esta presentación.
2. Copia de la contestación de la demanda deducida en tiempo y en forma por mi representada.
3. Copia de la sentencia del sumario administrativo que motiva este requerimiento.
4. Copia de la última resolución recaída en la causa a la fecha de esta presentación.
5. Certificado para los efectos del art. 47 A de la ley 17.997.

SEGUNDO OTROSÍ: que para los efectos del art. 93 de la Constitución Política de la República de Chile, en relación con el art. 38 de la Ley 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicito, una vez acogido a tramitación este requerimiento, se sirva disponer la suspensión del procedimiento del juicio seguido ante el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, causa rol C-1093-2019 caratulado “**BLUE SHELL CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA REGIÓN DE LOS LAGOS**” en el cual incide este requerimiento de inaplicabilidad.

TERCER OTROSÍ: respetuosamente pido a SSE. Que, de conformidad con el art. 82 de la Ley 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, una vez acogido a tramitación este requerimiento, se sirva disponer se oficie al 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, causa rol C-1093-2019 caratulado “**BLUE SHELL CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA REGIÓN DE LOS LAGOS**” a fin de que el requerido tribunal remita a esta sede Constitucional el expediente ya referido

CUARTO OTROSÍ: pido a SSE. Se sirva tener presente mi personería para representar al recurrente singularizado en lo principal de esta presentación, conforme con la escritura de poderes y de mandato que se adjuntan en este mismo acto.

QUINTO OTROSÍ: pido a VS., se sirva tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión patrocinaré personalmente este recurso y me reservo el poder. Además, señalo como mi domicilio para estos efectos el de Av. Eliodoro Yañez N° 2972, Of. 511, comuna de Providencia, y dirección electrónica de gmunozb@almma.cl para el caso de eventuales notificaciones.