







Nicolás Carrasco Delgado, Claudio Jiménez Valenzuela y Adolfo Weber Wenzel 

## Eficiencia y Estándar de Prueba en el Procedimiento Administrativo Sancionador

*Efficiency and standard of proof in procedures  
that impose administrative sanctions*

*Eficiência e padrão de prova no  
procedimento administrativo sancionatório*

-  Nicolás Carrasco Delgado: Profesor asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho.  
ORCID: 0000-0001-9026-3266  
 [ncarrascod@gmail.com](mailto:ncarrascod@gmail.com)
-  Claudio Jiménez Valenzuela: Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magister en Derecho con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
ORCID: 0000-0003-3186-1746  
 [claudiojimenezval@gmail.com](mailto:claudiojimenezval@gmail.com)
-  Adolfo Weber Wenzel: Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomados de Postgrado en Derecho Público Económico y en Derecho y Política de la Competencia, Universidad de Chile. Estudiante de Magister en Políticas Públicas, Universidad de Chile.  
ORCID: 0000-0002-2275-7245  
 [gustavo.wenzel.w@gmail.com](mailto:gustavo.wenzel.w@gmail.com)

**Resumen:** *El presente artículo aborda los procedimientos administrativos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. En este sentido, este trabajo examina las referencias en el derecho administrativo chileno a la eficiencia, eficacia y economía procedimental, sosteniendo que éstas deben ser conceptualizadas a la luz del Análisis Económico del Derecho. Asimismo, se aborda la posibilidad de aplicar criterios de eficiencia en los procedimientos identificados con el Derecho Administrativo Sancionador, y si aquellos corresponden a criterios de minimización u optimización de costos. A partir de lo anterior, se*

*aborda la incidencia del criterio de optimización de costos en relación al estándar probatorio aplicable, proponiéndose el de preponderancia de la prueba. Para ello se considera el estándar de prueba utilizado por los tribunales de justicia a la hora de resolver impugnaciones en contra de las sanciones administrativas. Por último, tanto los criterios de eficiencia como el estándar de prueba aplicable se analizan en relación con la multiplicidad de procedimientos de reclamación de sanciones y cómo la falta de sistematización en estos institutos puede generar ineficiencias en el desarrollo de los procesos sancionadores por parte de la Administración del Estado.*

**Palabras clave:** *Análisis Económico del Derecho – eficiencia – optimización de costos – estándar probatorio – derecho administrativo sancionador – revisión judicial de sanciones administrativas*

**Abstract:** *This article addresses the administrative procedures from Law and Economics perspective. In this sense, this work examines the mentions to efficiency, efficacy, and procedural economy, in Chilean administrative law, by holding that those concepts must be conceptualized in light of Law and Economics. Likewise, it addresses the possibility of employing efficiency criteria in procedures that impose administrative sanctions and whether those criteria correspond to either cost-minimization or optimization. Given the latter, the research addresses the influence of the cost-optimization criterion regarding the applicable standard of proof, by proposing one of preponderance of the evidence. With this aim, it is considered the standard of proof held by courts when rule complaints against administrative sanctions. Finally, efficiency criteria as well as the standard of proof are analyzed in relation to the multiple judicial review procedures of administrative sanctions, wondering how their lack of systematization can produce inefficiencies in the administrative procedures for imposing sanctions before public offices.*

**Keywords:** *Law and Economics – efficiency – cost-optimization approach - standard of proof - administrative sanctions – judicial review of administrative sanctions*

**Resumo:** *Este artigo trata dos procedimentos administrativos do ponto de vista da Análise Económica do Direito. Neste sentido, o presente documento examina as referências no direito administrativo chileno à eficiência processual, eficácia e economia, argumentando que estas devem ser conceptualizadas à luz da Análise Económica do Direito. Da mesma forma, trata da possibilidade de aplicar critérios de eficiência nos procedimentos identificados com o Direito Administrativo Sancionatório, e se estes corresponderem a critérios de minimização ou otimização de custos. Com base no acima exposto, é abordada a incidência do critério de otimização de custos em relação à norma probatória aplicável, propondo a de preponderância da prova. Para este efeito, é considerado o padrão de prova utilizado pelos tribunais de justiça ao resolverem os desafios às sanções administrativas. Finalmente, tanto os critérios de eficiência como o padrão de prova aplicável são analisa-*

*dos em relação à multiplicidade de procedimentos de reclamação de sanções e como a falta de sistematização nestes institutos pode gerar ineficiências no desenvolvimento de processos sancionatórios por parte da Administração do Estado.*

**Palavras-chave:** *Análise económica do direito - eficiência - optimização dos custos - nível de prova - sanções de direito administrativo - revisão judicial das sanções administrativas*

*Recibido: 28/01/2022*

*Aceptado: 26/06/2022*

## Planteamiento del problema

El desarrollo en Chile de la normativa destinada a la regulación de los actos de los particulares por parte de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, OAE), ha hecho necesaria la utilización de instrumentos destinados a promover su cumplimiento<sup>1</sup>. En efecto, el surgimiento de nuevos mercados, tecnologías, riesgos y demandas sociales ha exigido recurrir a diversos métodos para alcanzar ese objetivo, entre ellos, la creación y aplicación de sanciones administrativas. Lo anterior, ha dado paso al estudio del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en la cual podemos advertir un amplio espacio de confluencia entre el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo. Así, se advierte la necesidad de recurrir a principios y normas propias del Derecho Procesal para dotar a los procedimientos administrativos de las garantías de debido proceso en el ejercicio de la potestad sancionadora (Cordero, 2014a, p. 419), sin obviar los fines de la Administración del Estado.

En ese contexto, se detectan diversas dificultades de interés para la doctrina procesalista, particularmente respecto de la prueba. En el Derecho Administrativo Sancionador (en adelante, DAS), la prueba de los hechos es un aspecto que ha generado discusión a partir de las carencias que evidencia la Ley N° 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo (en adelante, LBPA), y su aplicación a los numerosos procedimientos sancionatorios que la legislación chilena contempla, lo que ha llevado a intentos infructuosos por establecer un procedimiento general que los regule<sup>2</sup>.

Al respecto, la LBPA estableció un método de valoración de la prueba<sup>3</sup>, pero omitió consagrar un “estándar de prueba” (en adelante, EdP) requerido para que en un procedimiento administrativo sancionador la autoridad alcance la convicción suficiente respecto de la ocurrencia de un hecho (Fuentes, 2011, p. 174; Letelier, 2017, p. 639). Lo anterior, es relevante toda vez que en el DAS chileno (Gómez, 2016, p. 215) actualmente existe un sinnúmero de procedimientos sectoriales, de diverso carácter y efectos (Lara, 2014, pp. 284-285; Jara, 2019, p. 64). Sin embargo, a partir de la aplicación supletoria de la LBPA, podemos identificar una estructura co-

mún en la cual es posible diferenciar tres etapas (Cordero, 2014a, p. 301; Osorio, 2016, p. 301):

1) Etapa de inicio, indagación o investigación: consistente en la ejecución de acciones de reconocimiento de situaciones fácticas por parte de funcionarios de los OAE. Esta es una etapa relevante porque de los antecedentes recopilados en esta etapa se derivarán los hechos que eventualmente podrán ser imputados.

2) Etapa de instrucción, formulación y notificación de cargos: que comprende el acto de poner en conocimiento del presunto infractor una vulneración administrativa u otros cargos, permitiéndose dentro de un plazo determinado la formulación de descargos, la incorporación de antecedentes, u otros elementos de contra argumentación. Dentro de estos últimos, se puede solicitar la apertura de un periodo probatorio para concretizar el derecho de defensa, dándose inicio al contradictorio en el procedimiento administrativo sancionador.

3) Etapa de termino, resolución, decisión, o sanción: la que es determinada por el fiscalizador, instructor, jefe de servicio, o en quien esté radicada la potestad sancionadora, y que implica la determinación de la absolución del infractor o la aplicación de una sanción.

La doctrina chilena se ha enfocado en el análisis de los principios y reglas procedimentales desde la perspectiva del derecho a defensa del inculpado, pero sin utilizar un marco teórico que introduzca la aplicación del principio de eficiencia en materia probatoria<sup>4</sup>, siendo de interés examinar consideraciones de eficiencia en la tramitación y decisión de un procedimiento<sup>5</sup>, específicamente en lo que respecta a la determinación del EdP aplicable durante sus distintas etapas<sup>6</sup>.

Tal problema enfrenta como primera dificultad la gran dispersión normativa existente (Camacho, 2010; Ferrada, 2011; Cordero, 2014a; Osorio, 2016), en un contexto donde deben cumplirse exigencias de eficiencia de acuerdo lo disponen los artículos 3, inciso 2° y 11, además del artículo 8, inciso 1°, todos de la LOCBGAE. Lo anterior replicado en la LBPA, en relación con el principio de “economía procedimental”, previsto en el artículo 9°, además del principio de no formalización contemplado en el artículo 13<sup>7</sup>.

La segunda dificultad surge porque la doctrina nacional ha abordado en forma precaria los principios de eficiencia, eficacia y economía procedimental (Gardais, 2002), sin que exista un tratamiento acorde con el estado actual que nos puede proponer el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED).

Por contrapartida, el análisis dogmático se centra en la evolución del DAS (Gómez, 2019, pp. 361-384), los principios aplicables (Román, 2007, pp. 24-25; Cordeiro, 2014b), la naturaleza de las sanciones administrativas (Cordeiro, 2013a), su relación con la LBPA (Gómez, 2016; Quezada, 2016, p. 241; Zúñiga & Osorio, 2016, p. 462), la aplicación del debido proceso y la prueba en el contexto del DAS (Román, 2014), la determinación de las sanciones a aplicar (Gómez, 2018, p. 531-544), y los recursos procedentes (Jara, 2018).

En razón de lo señalado, se expondrán los aportes que ha realizado el AED para dotar de contenido a los conceptos de eficiencia y eficacia en los procedimientos en general y como estos tienen incidencia respecto del estándar de prueba en el DAS. Enseguida se dará cuenta de la recepción de dichos criterios en la normativa que regula los procedimientos administrativos. Luego, se procederá analizar y reconstruir el contenido dogmático de los principios de eficiencia, eficacia y economía procedimental en el contexto del DAS, a la luz del AED. Posteriormente, se dará cuenta de los costos procesales y su relación con los fines del proceso administrativo y con el EdP aplicable en el DAS, indagando en ciertas cuestiones recursivas y la posible aplicación de diferentes EdP.

### **Aportes desde el AED para dotar de contenido a los conceptos de eficiencia y eficacia en los procedimientos administrativos**

Como señalamos, los conceptos de eficiencia, eficacia y economía procedimental encuentran recepción normativa en el contexto del DAS. Sin embargo, para darles contenido no podemos basarnos en referencias al sentido común o a ideas poco depuradas de tales principios. Tampoco podemos recurrir a la ciencia jurídica para dotar de sentido y alcance a tales términos, porque no surgen de la dogmática. Se trata de conceptos que emanan de la ciencia económica y que deben entenderse en su aplicación al Derecho, en base a los avances conceptuales del AED. Por ello, es necesario un breve repaso de los conceptos de eficiencia y eficacia desde esa perspectiva.

## 1. Aportes del Análisis Económico del Derecho respecto del concepto de eficiencia

En el AED existen cuatro criterios de eficiencia: el parámetro de minimización de costos de Coase; los criterios paretianos de eficiencia (óptimo y superior de Pareto); el criterio Kaldor-Hicks; y la maximización del bienestar de Posner.

El primer criterio proviene de Ronald Coase, para quien toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, ya que, al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A (Coase, 1992, p. 3; Beyer, 1992, p. 12). Con ello, el Derecho, al equilibrar los intereses de ambas partes, balanceará las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevenirlos (Veljanovski, 2006, pp. 71-72), permitiendo una situación de minimización y de eficiencia. A partir de los aportes de ese autor ha surgido el Teorema de Coase<sup>8</sup>, del cual se puede extraer una pauta de elección social para un adjudicador: la decisión que adopte debe tender a la reducción de los costos a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos costosa genera mayor beneficio social.

Por su parte, los criterios Paretianos, décadas antes de la formulación de Coase, fueron ideados para generar una teoría de decisiones sociales al margen de juicios de valor. Para ello hicieron uso de la unanimidad. En tal sentido, y en base a un criterio de unanimidad débil, Vilfredo Pareto definió dos conceptos de eficiencia conocidos como: Pareto-superior y Pareto-óptimo. Una decisión es superior en el sentido de Pareto, cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X. Por su parte, estamos en presencia de una situación de óptimo de Pareto, cuando sólo se consigue una mejora para alguien, si transitamos desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona sufra un perjuicio por tal cambio.

Con miras a dar sentido de realidad a la eficiencia -dadas las imposibilidades de la unanimidad-, Nicholas Kaldor formuló una regla de decisión de elección social que pretendía elegir entre dos situaciones en base a un criterio que significara una mejora a Pareto (Kaldor, 1939, pp. 549-552). En este sentido, propuso que: Un estado de cosas, X, es eficiente, frente a otro estado de cosas, Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perdedores. En consecuencia, a diferencia de Pareto, existen perdedores y ganadores. Si este principio fuera aplicado por un decisor (por ejemplo, por quien aplica una sanción administrativa), entonces,

deberá optar por aquella alternativa o estado de cosas que, generando perdedores, haga posible una indemnización potencial por parte de los ganadores a favor de los perdedores y, en donde, a pesar de esa compensación, los primeros sigan siendo ganadores. Ese criterio no necesita que la compensación potencial se traduzca en una indemnización real. Con todo, al incluir los conceptos de perdedores y ganadores, reingresa las dificultades asociadas a los juicios de valor que Pareto buscó dejar de lado. Se ha complementado el criterio de Nicholas Kaldor, con lo expuesto por John Hicks (1939, pp. 696-712, 1941, p. 108), cuya propuesta está sostenida en el supuesto de si los perdedores podrían sobornar a los ganadores para no permitir un movimiento hacia el nuevo estado social (Jhunjhunwala, 1974, p. 493).

Con posterioridad, Richard Posner-, reformuló los criterios de eficiencia de Pareto y Kaldor-Hicks, al desarrollar su concepto de eficiencia que denomina “Maximización del bienestar”, el que se estructura sobre la predisposición a pagar por los derechos que tienen las personas en el mercado. La riqueza, de esta forma, sería el valor de todo lo que existe en una sociedad expresado en dinero. De este modo, los derechos se miden a partir de lo que la gente se encuentra dispuesta a pagar por ello, o bien, por lo que solicitaría para desprenderse de lo que poseen (Posner, 1979, p. 119). Así, los derechos se desplazarían a quienes les otorguen mayor valor, ya que ellos estarían dispuestos a desembolsar mayores recursos en su consecución.

## **2. Aportes del AED respecto de la efectividad**

En relación a la efectividad, en artículos anteriores hemos dicho que, desde la perspectiva del AED, la efectividad de las normas corresponde al fenómeno según el cual las normas cumplen sus objetivos (Carrasco, 2019a, pp. 68-70). Al respecto, el estudio de la efectividad de las normas puede ser empírico o dogmático. La primera perspectiva supone examinar con metodologías de recopilación y tratamiento de datos si las normas efectivamente cumplen sus objetivos. La segunda persigue asentar ciertas bases teóricas acerca de cómo se logra la efectividad de aquello que las normas mandan, prohíben o permiten.

Desde una perspectiva dogmática es posible enfocar la efectividad en el punto de vista de los destinatarios, es decir, si las normas son cumplidas o ejecutadas por aquellos a quienes van destinadas (por ejemplo, en un procedimiento administrativo sancionatorio las normas pueden ir destinadas en cuanto a su aplicación al órgano, a los interesados o, en su caso, al inculpado). Asimismo, es posible enfocar la efectividad desde la perspectiva de su estructura interna, es decir, si se satisfacen o no los



objetivos de política pública que persiguen ser satisfechos con una estructura procedimental determinada. En el DAS, la efectividad de diversas normas sustantivas de comportamiento o cuidado en los más diversos mercados y ámbitos de la vida social, es una de las principales justificaciones de existencia de regímenes sancionatorios. Mediante la imposición de gravámenes a los particulares, estos tienen por objeto disuadir la comisión de infracciones (Cordero, 2014c, p. 194; Nieto, 2017, p. 59 y 60)<sup>9</sup>.

### 2.3. Aportes desde el AED al concepto de economía procedimental

El artículo 9 de la LBPA refiere a la economía procedimental como un principio de los procedimientos administrativos. Más allá de la poca claridad conceptual con que esa normativa lo trata es necesario precisar que el AED desde su vertiente procesal entrega luces importantes acerca de lo que debe entenderse por economía en el marco de un procedimiento.

Para la generalidad de los autores de Análisis Económico del Derecho Procesal, como Posner (1992, pp. 549-551), Cooter y Ulen (1998, pp. 476-477), Pastor (1993, p. 50)<sup>10</sup> y Shavell (2004, p. 451), todo procedimiento comprende dos tipos costos, a saber: los costos administrativos que corresponden a los gastos públicos y privados de tramitar un procedimiento y los costos del error, correspondiendo un tratamiento de minimización de esos costes:

$$\text{Mín CS} = C_A + C_E \quad [1]$$

Tal formula nos señala que será preferible el estado social que produzca a la máxima reducción de los costos administrativos y de los costos de error.

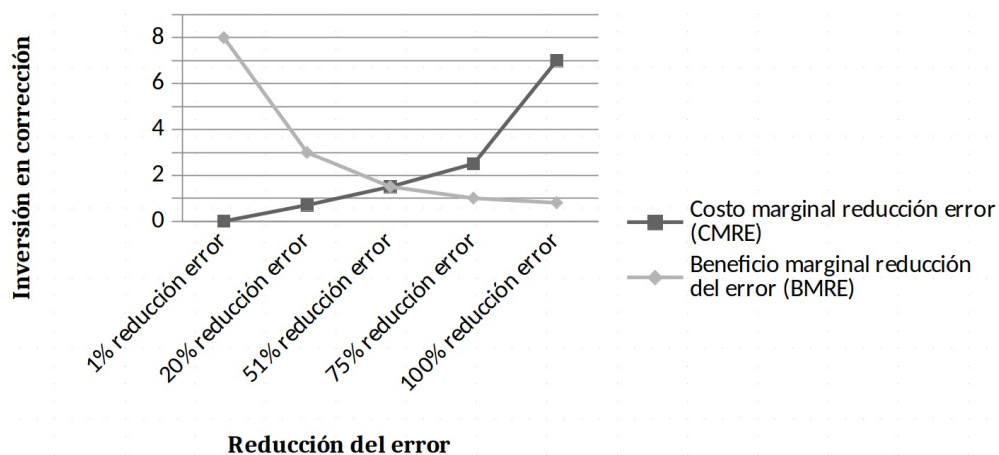
El problema es que el objetivo de minimización de costos plantea como dificultad el hecho que los costos a minimizar operan inversamente relacionados. En efecto, la búsqueda de una decisión sin error en el marco de un proceso exige aumentar los mecanismos de corrección lo que, a su vez, impone un incremento de los costos administrativos<sup>11</sup>. Así, un aumento de los costos administrativos tiende a la corrección de decisiones generará una disminución de los costos del error<sup>12</sup>.

De acuerdo a la relación inversa entre costos administrativos y costos del error, es que uno de los autores de este artículo ha estimado que la función de costos adecuada para tratar los objetivos de economía procedimental no corresponde a una función de minimización, sino que, a una función de óptimo (Carrasco, 2017, pp. 448-453).

Grafica esa situación con la problemática económica de la imposibilidad de eliminar externalidades negativas, como lo es el coste del error. En efecto, es un deseo compartido que las decisiones no posean errores. Sin embargo, ello resulta difícil y económicamente inviable. La relación inversa entre costos administrativos de corrección y costes del error demuestran tal dificultad.

En efecto, el referido autor ha demostrado que el punto óptimo de reducción del error corresponde a aquel donde se igualan la curva de costo marginal de reducción del error (en adelante, CMRE) y la curva del beneficio marginal de reducción del error (en adelante, BMRE). En el gráfico 1, tal punto se ubica en el eje de la abscisa a la izquierda del punto de “100% de reducción error”, lo que significa que para el sistema judicial no es una solución óptima invertir la cantidad de dinero que permite arribar a tal punto, siendo eficiente convivir con la existencia de errores. En efecto, a la izquierda del punto óptimo todo gasto adicional en corrección del error judicial no se justifica por una reducción proporcional en el beneficio marginal de reducción del error. Así, el gasto marginal requerido para reducir a 100% el error judicial es excesivo en atención al beneficio general que tal desembolso trae consigo.

**Gráfico 1: Problema de la reducción de los costos del error**



Fuente: Carrasco (2017, p. 449).

Así, enfrentados a una problemática de costos administrativos y costes del error, tendremos una solución eficiente cuando se pondere ambos costos para alcanzar un óptimo. Un óptimo es aquella combinación que permite alcanzar la máxima satisfacción, considerando los costos marginales de la inversión en corrección del sistema y

los beneficios marginales que se reportan de la inversión de esos recursos en una reducción de los costes del error. Así las fórmulas de minimización [1], deben transformarse en una de óptimo que pondere los costos y beneficios marginales. Tal ecuación, denominada fórmula de óptimo de eficiencia de Derecho Procesal [Ópt.EDp], sería:

$$\text{Ópt.EDp} = \text{BMRE} = \text{CMRE} \quad [2]$$

La ecuación [2] permite un lenguaje más apropiado respecto de la manera en que intervienen los elementos analizados. Ella da cuenta que más que minimizar costos del sistema judicial de corrección y costes del error, debemos ponderarlos con los beneficios marginales que de ellos surgen.

### **Los conceptos de eficiencia, eficacia y economía procedimental en la LBPA a la luz del AED**

Ya está claro que gran parte de las dificultades que abordaremos se producen por la incorporación normativa de cuestiones de eficiencia en el DAS. Lo anterior porque los artículos 4, 7, y 9 de la LBPA, en relación con el artículo 3 inciso 2°, y 8° inciso 2°, ambos, de la LOCBGAE, establecen la vigencia de los principios de eficiencia, eficacia y economía procedimental en los procedimientos administrativos. No obstante, la manera en que la ley describe esos principios no guarda armonía con conceptos técnicos de eficiencia, eficacia y economía. En lo sucesivo lo pondremos en evidencia, tratando de dar cuenta del contenido correcto que debe darse a esos conceptos, utilizando los aportes del AED.

Para comenzar se debe señalar que el legislador no ha definido los conceptos de eficiencia y eficacia, sino solo los ha descrito de manera breve, ejemplificado a lo que se refieren. Por lo tanto, estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. Por su parte, en relación con el principio de economía procedimental, el artículo 9 de la LBPA entrega algunos elementos normativos sobre sus deslindes y finalidades. El problema es que se ha usado la noción de eficacia para tratar de conferir algún contenido al principio de economía procedimental, lo que carece de sentido, porque la eficacia, al carecer de profundidad normativa, no puede dar contenido a la economía procedimental.

El inciso primero de la norma referida prescribe que “La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios”. Llama la atención que en ese enunciado normativo se vinculen dos cuestiones que

atienden a conceptos diferentes. Lo referente a la “máxima economía” se corresponde, según vimos, con el concepto de eficiencia de minimización de Coase. Sin embargo, esa máxima economía se asocia con la exigencia de obtener el resultado buscado, que se representa por el concepto de “eficacia”. En otras palabras, se deben alcanzar los objetivos planteados por la Administración con el menor gasto posible.

Esta pauta de lo que el legislador entiende por “economía procedimental” nos servirá para tratar de entender lo que el legislador quiso lograr con su incorporación en la LBPA. Para ello son útiles los ejemplos de economía procedimental contenidos en los incisos siguientes del artículo 9 y que concretizan la conceptualización de la referida “economía procedimental”. En este sentido, el ejemplo consistente en “evitar trámites dilatorios” corresponde a una hipótesis evidente de “economía procedimental” porque para evitar esos trámites la Administración no necesita constreñir su presupuesto con reducciones de costos para generar el efecto de impedir un trámite que solo produce demoras.

Sin embargo, existen situaciones en que no es evidente ni sencillo dar aplicación a la idea de “economía procedimental”. Nos referimos, entre otros, a circunstancias donde la Administración actúa adoptando decisiones, momento en el cual la máxima reducción de costos (idea de minimización asociada a “máxima economía de medios”), difícilmente puede alcanzar un resultado eficaz, es decir, difícilmente puede aplicar la norma correctamente y en tiempo oportuno<sup>13</sup>.

Otra situación difícil acaece cuando vinculamos esta idea de economía procedimental con el principio de contradictoriedad contenido en el artículo 10 de la LBPA. Dicho principio reconoce un derecho de los interesados a aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio (inciso 1º), y a denunciar defectos de tramitación, infracción a los plazos u omisión de trámites (inciso 2º). Esto se traduce en espacios de discusión a iniciativa de los interesados, quienes tienen el derecho para provocar que esta controversia se genere. Por lo tanto, muchos de los trámites que pueden terminar siendo dilatorios no son susceptibles de control en base al principio de economía procedimental, porque no se podría prejuzgar el ejercicio de un derecho a aducir o a alegar algunas de las cuestiones referidas, sino cuando se resuelven. En otras palabras, vía contradictoriedad el legislador admite limitaciones al principio de economía procedimental. Esto último expresa el problema de ponderación que se genera como consecuencia de la introducción de las exigencias de debido proceso: queremos un proceso más rápido, pero no a costa de limitar los espacios de discusión (Carrasco, 2017, p. 453).

Volviendo a la descripción normativa del principio de economía procedimental, el inciso 2° del artículo 9 de la LBPA, también ejemplifica un caso evidente de su aplicación. Al respecto, dispone que se decidirán en un solo acto todos los trámites que admitan un impulso simultáneo. O sea, las cuestiones que el procedimiento administrativo va suscitando deben ser resueltas sin duplicidad de decisión si se encuentran en un mismo estado de fallo. Lo que se ahorra, con esta regla, es esfuerzo del adjudicador para resolver cuestiones accesorias. Asimismo, se reducen los costos de demora de las cuestiones sucesivas de aquellas resueltas, porque las partes actuarán con una mayor cantidad de información al evaluar posibles incidencias, en base, a aquellas cuestiones ya resueltas. Sin embargo, acá no entran en juego principios opuestos a la aplicación de la regla (como el de contradictoriedad), ni tampoco otros principios que pudieran jugar en sentido inverso a la regla de minimización (la norma nada dice sobre el EdP que debe contener la decisión que resuelve esas diferentes cuestiones). Por tanto, es pacífico que un procedimiento racional e interesado en la economía procedimental conduzca a una regla como la que se examina.

Por su parte, el inciso 3° refuerza la preocupación del legislador por la premura en el procedimiento administrativo<sup>14</sup>, ya que el órgano que recibe un trámite a ser cumplido en pos del procedimiento, sabrá el plazo que el órgano requirente le ha dado para efectuar la tarea encomendada<sup>15</sup>.

Finalmente, el inciso final se vincula con el inciso primero, siendo una extensión del mismo. Tal inciso explicita que las cuestiones incidentales, incluidas las reclamaciones de nulidad, no suspenden la tramitación, salvo que por resolución fundada la Administración disponga lo contrario. Tal inciso busca evitar trámites dilatorios, concentrando el poder de dirección del proceso, incluso en sus temas procedimentales, en la decisión de la Administración. El inciso que se examina se funda en un principio de oficialidad que busca dejar de lado el fundamento estratégico que subyace en el principio dispositivo. Según este último, el legislador debe ser respetuoso del contenido de las alegaciones de las partes (a fin de determinar el objeto del juicio) y de la manera en que ellas le dan impulso y prueban esas alegaciones (dirección material de las partes del proceso). En esa lógica el legislador debería facilitar mecanismos que concreten los resultados buscados, tanto por la Administración como por el investigado, uno de cuyos instrumentos es el carácter suspensivo de los incidentes que se promuevan. Sin embargo, dejar el proceso librado al interés del afectado, podría conducir a gastos directos en el proceso que no serían admisibles en un contexto donde rija la dirección material de la Administración.

En suma, ninguna de las normas examinadas que describen el principio de economía procedimental, entregan una pauta para dilucidar la utilidad de ese principio frente a casos difíciles o no evidentes de la regla de minimización.

### **Límites de los conceptos de eficiencia, eficacia y economía procedimental en su aplicación a la decisión a adoptar en los procedimientos administrativos sancionatorios**

La falta de precisión en el uso de los conceptos de eficiencia, eficacia y economía procedimental se puede apreciar en nuestra doctrina. La razón se encuentra en que ella no identifica correctamente el marco teórico que debe guiar la conceptualización de tales términos. Por ejemplo, se ha dicho que el “concepto de eficiencia exige la obtención de los recursos en sus costos alternativamente más bajos, esto es, la economicidad” (Gardais, 2002, p. 323). Tal afirmación es errada porque asigna a la eficiencia un único significado cuando, más bien, se trata de un concepto no unívoco. Además, veremos que la Administración no realiza un ejercicio de minimización de costos al decidir en un procedimiento sancionatorio, sino que efectúa un ejercicio de optimización, acercándonos a una eficiencia de Kaldor-Hicks.

En lo sucesivo trataremos de dar algunas luces acerca de las limitaciones de los conceptos de eficiencia usados en la LBPA cuando es necesario decidir un procedimiento sancionatorio.

Según vimos, el inciso 1º del artículo 9 de la LBPA, contiene un criterio de eficiencia de minimización propio de Coase. Los ejemplos que menciona tal artículo refuerzan esa idea. Así, la idea de evitar trámites dilatorios, mencionada en su inciso 1º, corresponde a un ejemplo que clásicamente se ha asimilado a la minimización de costos de Coase. Por su parte, la idea de instar por un impulso simultáneo (inciso 2º del mismo artículo) da cuenta del mismo propósito que es impedir duplicidades reduciendo los costos de incidentes paralelos. Finalmente, el propósito de no suspender el procedimiento (referido en el inciso 3º) busca reducir los tiempos de tramitación, que ha sido considerado una parte fundamental de los costos directos del proceso, de forma que también se reconduce a la minimización de costos.

Con todo, es difícil entender la manera en que la eficiencia como minimización, concretizada en el principio mencionado, pueda servir para la decisión de asuntos que se formulen en un procedimiento administrativo. Ello porque al momento de resolver es necesario considerar el costo del error que, como dijimos, se encuentra in-

versamente relacionado con los costos administrativos. Por tanto, no puede alcanzarse una mera minimización.

Por ello, es más apropiado, en esos casos, utilizar criterios de eficiencia de optimización, debido a la sencilla razón de que es más probable que obtendremos menores errores judiciales si aumentamos los recursos destinados a tal corrección (por ejemplo, incrementando el presupuesto público destinado a procedimientos sancionadores, separando funcional y orgánicamente las etapas de instrucción y sanción, invirtiendo en funcionarios mejor capacitados, aumentando los espacios de bilateralidad, etc.)<sup>16</sup>. O sea, una mejor justicia, la mayoría de las veces, significa un mayor gasto.

De esta forma, la conclusión que podemos obtener es que el artículo 9 de la LBPA no regirá para aquellos casos en que la Administración cumpla un rol de decisión, sino que su utilidad únicamente tiene aplicación en la etapa de conocimiento y tramitación de un procedimiento administrativo. En el apartado siguiente, veremos, si podemos, y de qué forma, hacer uso de criterios de eficiencia al momento de resolver cuestiones intermedias y finales en un procedimiento administrativo.

## **La problemática de la eficiencia y el Estándar de Prueba en el DAS**

### **1. Cuestiones preliminares**

Una vez despejada la cuestión acerca del contenido que debemos dar a los conceptos de eficiencia y eficacia, resulta relevante que examinemos su aplicación a propósito del EdP en el DAS. Como sabemos se han reconocido, a lo menos, cinco posibilidades respecto de la aplicación de un EdP en un determinado procedimiento<sup>17</sup>: (a) EdP penal de convicción más allá de toda duda razonable (en adelante, MADR); (b) EdP civil de prueba preponderante (en adelante, PyP); (c) EdP de evidencia clara y convincente (en adelante, CyC); (d) La utilización de cualquiera de las tres opciones anteriores dependiendo del procedimiento o sanciones aparejas a cada conducta en relación su gravedad; o, (e) Aceptar la imposibilidad de aplicación práctica de un EdP, sin que concurra un umbral preestablecido para tener por admitida la hipótesis sancionadora.

Para comenzar a desarrollar esta temática debemos indicar que durante la sustanciación de los procedimientos administrativos se deben adoptar decisiones por parte de la Administración que dependen de la convicción que haya alcanzado el instructor a partir de los antecedentes recabados, y que determinan su desarrollo

posterior. Por ejemplo, en la etapa de iniciación -la que, si bien es desformalizada, no impide la aplicación de los principios contenidos en la LBPA (Gómez, 2016, pp. 213-228)- se debe recabar la información necesaria para adoptar una decisión transitoria relativa a la ocurrencia de una infracción y la identidad del infractor mediante la formulación de un cargo o, en su defecto, declarar el sobreseimiento del procedimiento sancionatorio, o bien, no darle curso, dependiendo el caso concreto<sup>18</sup>.

La doctrina ha considerado que al momento en que la Administración decide sancionar o absolver, se debe aplicar un EdP menor al penal, discutiéndose la cuestión acerca de cuál EdP en particular debería aplicarse (Orellana, 2015; Isensee, 2018)<sup>19</sup>. En particular, se ha sostenido la necesidad de aplicar un estándar de CyC, sin que se haya justificado su aplicación general.

Lo anterior es relevante por cuanto el EdP, entendido como un umbral a partir del cual una premisa fáctica se tiene por cierta o comprobada, permite la distribución de los costos del error en la adopción de la decisión (Accatino, 2011, p. 487), operando como regla de distribución de costos del error entre el particular y la Administración. Así, recurrir a los criterios de eficiencia podría servir para determinar el EdP aplicable, resguardar el debido proceso en el DAS, y, a la vez, promover una mejor gestión de los recursos públicos.

## 2. Estándar de Prueba y eficiencia

Hemos señalado que un procedimiento eficiente exige la distribución óptima de los costos que implica. Entre los costos del proceso se encuentran aquellos que surgen de la prueba que la Administración produce con miras a acreditar la responsabilidad del administrado en el hecho infraccional.

La prueba en el procedimiento sancionatorio, además, cumple un rol relevante en la motivación de las decisiones discrecionales adoptadas durante su tramitación y que permiten su consecución. En efecto, durante la etapa de iniciación dependerá de la prueba recopilada por el fiscalizador o instructor (según sea el caso) la adopción de la decisión de formular un cargo, o bien, sobreseer el proceso. Es así que, el EdP aplicable en las distintas etapas del procedimiento influye en los costos que existen en un procedimiento. El EdP al exigir cierto grado de convicción respecto de la prueba del hecho infraccional, determina una cierta distribución de los costos del error (Accatino, 2011, p. 487)<sup>20</sup>, entendido como una relación de veracidad o no de la hipótesis sometida a prueba (Jiménez & Fouilloux, 2018, p. 153).



En efecto, un procedimiento que contenga un EdP más exigente, requerirá recabar una mejor prueba para acreditar la hipótesis, lo que supone un procedimiento más costoso, sea para la Administración o bien para el infractor, dependiendo de la regla de distribución de la carga de la prueba. Por otra parte, un procedimiento cuyo EdP sea más bajo, implicara que el procedimiento sea menos costoso, pero el requerir una prueba de menor calidad para dar por acreditada una hipótesis, puede afectar la garantía a un debido proceso e incrementar los costos de decisiones erróneas (Vaquer, 2011, p. 115).

Al respecto, la doctrina administrativista ha tratado parcialmente este tema, inclinándose por posturas que asimilan el EdP al de CyC, la que se representa como un umbral de 0,75 en una escala de 0-1, proponiéndose como punto medio entre el EdP de MADR (0,9) y el de PP (0,5) (Isensee, 2018). Ello se fundamenta en que la sanción administrativa no sería de un quantum o de una gravedad suficiente que exija la utilización de un EdP de tipo penal, en donde el costo de una decisión errónea pudiera resultar excesivamente alto para el sancionado (afectan bienes jurídicos asociados a la libertad del condenado).

### **3. Definición de un Estándar de Prueba**

De forma preliminar debemos recordar que el procedimiento administrativo se inicia con una etapa de iniciación o de investigación. Asumiendo que la evidencia que determine la sanción en la etapa de decisión será aportada durante el procedimiento administrativo, es importante indicar que el umbral para dar inicio al procedimiento debe ser algo menor que aquel que proponemos como EdP en la decisión. Por tanto, ese umbral se concretiza en que frente a la identidad de apoyo de evidencia a favor de la hipótesis de instruir y de no instruir, se debería instruir.

Pues bien, continuando con el íter del procedimiento, cuando nos enfrentamos al umbral para adoptar un acto trámite algún nivel de incidencia tienen los derechos procesales que en ese momento rigen<sup>21</sup>. El contenido específico de cada garantía se puede reconstruir desde su desarrollo doctrinal, jurisprudencial, de la LBPA (Jara & Maturana, 2009) y de la normativa de los procedimientos administrativos especiales (Cordero, 2014b; Gómez, 2016), siendo la primera supletoria de las segundas (Cordero, 2013b)<sup>22</sup>.

De este modo, entendemos que el principio de presunción inocencia, en su aplicación transversal en materia de DAS (García de Enterría & Fernández, 2011, p. 181; Vergara, p. 2004, p. 144)<sup>23</sup>, tiene incidencia también en los actos trámites. El

fundamento de ese principio provendría de la prohibición de presunciones de derecho de la responsabilidad penal y del derecho a defensa contenidas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena, de la dignidad de la persona como valor superior según su artículo 1°, del principio de presunción de inocencia consagrado para los procesos penales en la Convención Interamericana de DD.HH., de conformidad con su artículo 8.2 (María Angélica Sánchez, 2010; Cordero, 2014b, pp. 433-434, 2014c, pp. 201-202), e incluso del artículo 4° del Código Procesal Penal, como aplicación de principios comunes al ius puniendi estatal (Ley de Caza, 1996; Jara & Maturana, 2009, p. 12).

Esta garantía consistiría en esta etapa en que la Administración debe aportar prueba incriminatoria (Vergara, 2004, p. 144; Hunter, 2015, p. 660; Arancibia, 2016, p. 175)<sup>24</sup>. El alcance que ha dado la doctrina y la jurisprudencia a la garantía de presunción de inocencia no afecta de sobremanera la labor persecutora y disuasiva de los órganos administrativos, debido a que, en cualquier caso, se deben aplicar las reglas básicas de la carga de la prueba que exigen que la Administración acredite sus asertos<sup>25</sup>.

Ahora bien, en este punto se hace pertinente determinar cuál es el EdP aplicable al DAS, distinguiendo a lo menos dos momentos: 1) los actos tramite que condicionan el procedimiento, y 2) la decisión que impone la sanción. Otro momento posible corresponde al de decisión de medidas cautelares, sin embargo, su tratamiento excede los fines de este artículo<sup>26</sup>.

En lo sucesivo examinaremos los dos momentos referidos, los que exigen un análisis de la Administración en cuanto a los antecedentes con los que cuenta para adoptar una decisión cuya implementación genera costos procesales, pero que, además, implica la posibilidad de errar en la decisión adoptada. De este modo, el EdP corresponde a una regla objetiva que distribuye el error de la decisión entre la Administración y el administrado y que, a su vez, conlleva la distribución de los costos asociados a ese error (Gascón, 2005, p. 130). Al respecto, cabe señalar que existen otras reglas probatorias que resultan, en abstracto, ajenas a la determinación del EdP como son las normas de presunciones, reglas de cargas de la prueba y de valoración de la misma. En ese sentido, el EdP solo se presentaría como una máxima que en principio determina en abstracto el umbral que cada interviniente deberá alcanzar para dar por confirmada su hipótesis.

Ahora bien, en el caso de actos tramites que permiten la prosecución del procedimiento, el EdP requerido para que la Administración inicie o de continuidad a un procedimiento debe atender a la exigencia del ejercicio de la potestad sancionadora.

Por tanto, pudieran bastar meros indicios para su dictación, lo que posibilita que el umbral del EdP sea bajo, incluso menor que el de PP. Así, solo se exigiría para justificar la formulación del cargo la constatación de un hecho del que se infiera una hipótesis provisional de la existencia de una infracción y la posibilidad de vincular el hecho primario con la hipótesis provisional. De este modo, no es necesario que probabilísticamente se haya alcanzado un grado de convicción que permita sostener que la hipótesis de la Administración se encuentra confirmada toda vez que esa función corresponde a quien ejerce la potestad sancionatoria. En tal sentido la afirmación de la ocurrencia del hecho por parte del funcionario facultado para ello, basta como fundamento para la instrucción del procedimiento sancionatorio. Así, atendida su categoría de actos intermedios y que sus efectos no implican una afectación del principio de presunción de inocencia, el costo social de poner término al procedimiento administrativo sin que la Administración inste a la determinación de la responsabilidad respecto del hecho infraccional podría resultar mayor al costo asociado a la sustanciación del procedimiento sancionatorio.

En cuanto a la decisión final, la presunción de inocencia entendida como regla de prueba requiere el establecimiento de un EdP mayor al aplicable a los actos tramites, pero que a la vez equilibre correctamente los costos asociados al error y, en particular, atendido los fines de la Administración, el costo social que genera un falso negativo, esto es, el error de no sancionar al culpable de una infracción, atendida la finalidad disuasiva de las sanciones administrativas. De este modo, las sanciones gozarán de eficacia preventiva en la medida que se sancione a los responsables de infracciones<sup>27</sup>.

En este sentido, el EdP aplicable es aquel que permite una mejor distribución de los costos, es decir, el de PP (0,5), en donde es suficiente verificar la hipótesis para tener por acreditada la infracción sin que sea necesario acceder a estados subjetivos de convicción como el MADR (Letelier, 2017, p. 645, 2018, pp. 209-229; Larroucau, 2020, p. 179). Asimismo, dicho estándar es el aplicable en los procedimientos civiles que se sustancian en razón de varias de las reclamaciones que contempla el ordenamiento jurídico para recurrir de las sanciones administrativas, como se indicara en el apartado siguiente.

#### **4. Doble aplicación del Estándar de Prueba para resolver un asunto en sede administrativa y sede judicial**

El asunto de EdP aplicable en sede administrativa genera un segundo problema en razón de que los conflictos originalmente resueltos en esa sede dan origen a recursos de reclamación o reclamos que son conocidos en sede judicial, normalmente, por juzgados de letras con competencia común, o bien, por Cortes de Apelaciones, existiendo una gran cantidad de ellos y dispersión en cuanto a su estructura procedimental (Jara, 2019, p. 65).

La dificultad es que esos tribunales normalmente aplican un EdP distinto del que rige en materia administrativa (Larroucau, 2012). Esto pudiera no ser problemático si en sede judicial existiera una cierta deferencia por la naturaleza del asunto y las reglas decisorias que ello trae consigo, ya que en ese caso el juez común debería aplicar el mismo EdP que rige en sede administrativa. Sin embargo, tal deferencia no viene impuesta normativamente, ni tampoco es algo que los autores se encuentren contestes (Tapia & Cordero, 2015).

La problemática que trae consigo la aplicación de EdP disímiles en sede administrativa y judicial puede ser abordado desde la eficiencia. En efecto, nos enfrentamos a un escenario que supone el tránsito desde el EdP aplicable en sede administrativa al EdP aplicable en sede civil. Ese tránsito puede ser abordado como una modificación de estados sociales, que es uno de los instrumentos que usa el AED para determinar si un determinado estado de cosas es o no eficiente en relación a otro estado de cosas previo. Ese mismo tránsito servirá para resolver la existencia de ganadores y perdedores con el cambio de estado de cosas, lo que es útil para un examen de eficiencia ya que todos los criterios de eficiencia (salvo Pareto) se basan en la generación de ganadores y perdedores como consecuencia de una determinada decisión.

Pues bien, el “estado de cosas procesal” en materia de EdP, propuesto por la doctrina administrativista mayoritaria es CyC<sup>28</sup>, el que genera una situación social 1. Otro “estado de cosas procesal” en materia de EdP es una regla de PP que rige en materia civil, que genera una situación social 2. Asimismo, el contenido de este cuadro contiene cierta información que se expresa en el parámetro [&] que determina una escala de probabilidad entre 0,5 y 1 (siendo 1 el máximo posible de la escala), y el parámetro [1-&] que significa una escala de probabilidad complementaria a [&]. Estas escalas de probabilidad nos indican si es más o menos probable que concurra

una absolució n o una condena. Finalmente, el cuadro contiene dos filas referidas a si el administrador es absuelto o si es condenado. Esto último requiere una precisión porque el derecho para deducir recursos solamente compete al administrado, y no a la Administración (dado que es esta la que aplica la sanción), discutiéndose si el denunciante del procedimiento administrativo puede presentar tales reclamos.

**Cuadro N° 2**

	Administrativo (estado social 1)	Civil (estado social 2)
Absolució n	(&)	(1-)
Condena	(1-)	(&)

*Fuente: Adaptación de Carrasco (2019b, p. 719). Se agradece colaboración de Gerardo Rojas.*

De esta forma, según lo que consta en el Cuadro N ° 2, podemos concluir que siempre será más probable la absolució n del administrado en el proceso administrativo (&) que en el proceso civil (1-), porque el cúmulo probatorio para condenarlo debería ser mayor en el primer procedimiento que en el segundo. De esta forma para un administrado el tránsito desde un procedimiento administrativo a un procedimiento civil, resultará perjudicial porque aumentarán las posibilidades de que su recurso sea rechazado.

Sin embargo, ese análisis deja de lado que el tránsito desde un procedimiento administrativo a un procedimiento civil se abre como consecuencia de la interposición de un reclamo porque el administrado resultó condenado en el procedimiento administrativo. Entonces, si bien se podría pensar que ningún sujeto racional quisiera transitar a un escenario peor que aquel que se encuentra, esto último se ve contradicho por dos consideraciones: (i) la aplicació n del estándar de PP por el juez civil ocurrirá a propósito de una condena al administrado denunciado por la Administración, la que pudiera no ser suficiente imparcial al momento de resolver el asunto. Entonces, la garantía de imparcialidad judicial tiene un valor positivo que compensa, en algún sentido, el aumento de la probabilidad asociada a que el denunciado mantenga su condició n de condenado de concurrir a un escenario judicial donde aplicará un EdP más desfavorable que el anterior; y (ii) cuando la Administración resuelve en contra del administrado, desde la perspectiva de este último, nos encontramos en un escenario de pérdidas, es decir en un contexto donde el administrado debe soportar una des-

ventaja. De conformidad a la teoría prospectiva, las pérdidas son valoradas con mayor intensidad que las ganancias. Por lo tanto en esos escenarios de pérdida, los sujetos demuestran una mayor propensión al riesgo, es decir el denunciado condenado por la Administración tenderá a reclamar a pesar de enfrentar un EdP desfavorable, porque en un contexto de pérdidas la persona prefiere hacer todo lo posible por evitarlas, incluso a costa de las probabilidades (Novemsky & Kahneman, 2005, pp. 119-128).

Ahora bien, desde una primera mirada de eficiencia, podríamos concluir que la aplicación de un EdP distinto pudiera ser eficiente en una lógica de minimización de costos. En efecto, el hecho que subsista la amenaza de una mayor probabilidad de condena, tenderá a reducir la cantidad de recursos que se interpongan en contra de la Administración, con la consiguiente reducción de instancias y ahorro de gastos judiciales. Sin embargo, de acuerdo a las consideraciones señaladas, tendremos que igualmente existen incentivos para que el administrado recurra de la decisión de la Administración. Por tanto, no es posible examinar esta materia bajo una lógica de minimización de Coase.

Tampoco puede ser enmarcada dentro de la lógica de maximización de la riqueza porque no hay una disposición a pagar, salvo que se considere que el reclamo sólo se deducirá cuando el valor del bien a obtener por la decisión del juez civil (revocación de la decisión administrativa) sea superior al costo probable que supone su interposición. Con todo, el problema de usar la aproximación de Posner, es que este criterio se asocia al dominio de las ganancias, es decir cuando existe una disposición a pagar por adquirir un bien, pero no una disposición a pagar por evitar una pérdida. Este último ámbito introduce cuestiones de ponderación de pérdidas: la pérdida cierta de aquello que se desembolsó por el reclamo con aquella pérdida probable asociada a la confirmación de la decisión desfavorable de la Administración. Esa ponderación de pérdidas no se explica con el marco teórico de la maximización de la riqueza, sin recurrir a otras aproximaciones como la teoría de las perspectivas (Kahneman & Tversky, 1987), en cuyo caso nos alejamos de consideraciones de eficiencia como la propuesta por Posner (Schäfer & Ott, 2004, pp. 56-64).

Los criterios de eficiencia como unanimidad tampoco servirían para explicar esta cuestión, porque si el administrado deduce un reclamo entonces la Administración pasaría a entenderse como un perdedor probable (bajo la probabilidad de que se revoque su decisión) y, asimismo, puede ocurrir que, si hubo un denunciante, éste también tendría ese mismo carácter de perdedor probable. De este modo, tanto la Administración como el eventual denunciante, no aceptarían transitar a un escenario

de nueva revisión de la decisión de condena. Además, los criterios paretianos no son apropiados, porque no existe una adscripción impersonal y unánime a un EdP determinado, sino que los cambios de estados procesales con distintos EdP generan ganadores y perdedores (Carrasco, 2019b, pp. 718-720). En una obra anterior, ello se expuso bajo el entendimiento que un litigante demandado es considerado perdedor si pasa desde un sistema procesal que aplica un EdP alto a uno más bajo (cualquiera ellos sean). Desde esa lógica, en el caso que nos encontramos, una primera aproximación llevaría a concluir que la Administración y el denunciante al pasar a un EdP más bajo, serían ganadores. Sin embargo, esa primera mirada es errada porque examina el tránsito entre estados sociales de aplicación de un EdP como ganancia o pérdida para quien se encuentra sujeto a una pérdida probable y ese sujeto únicamente es el sancionado. Así, desde la lógica del denunciante ganancioso, siempre la posibilidad de revisión de una decisión favorable va a significar un tránsito a un estado social que él no adscribiría y, por tanto, no puede ser examinado por un criterio de eficiencia que exija unanimidad.

Finalmente, el único criterio de eficiencia bajo el cual puede ser analizada esta situación es el de Kaldor-Hicks, ya que con el tránsito que se ha desarrollado existen ganadores y perdedores potenciales, y en caso que exista esa ganancia, a su vez puede haber una compensación potencial, la que de existir no dejará a los ganadores como perdedores. Expliquemos lo anterior, exponiendo los requisitos de procedencia de ese criterio de manera secuencial.

En primer lugar, el tránsito desde un juzgamiento administrativo en donde rige un estándar de CyC a un juzgamiento judicial (de naturaleza civil) en donde rige un estándar de PP, genera ganadores y perdedores. Según lo que se ha explicado esa ganancia y pérdida es potencial porque está condicionada a la posibilidad de revocación de la decisión administrativa en sede judicial.

En segundo lugar, si la revocación ocurre, entonces el ganador será el administrador quien, desde la perspectiva del EdP, venció la probabilidad mayor de no revocación. El perdedor, por su parte, será el denunciante (de existir) y la Administración. En el evento que no ocurra revocación, los ganadores y perdedores originales (aquellos generados por la decisión de la Administración de condenar al administrado) seguirán siendo los mismos, es decir, el denunciante (de existir) y la Administración, y el perdedor será el administrado.

En tercer lugar, debemos indicar que la existencia de una compensación eventual depende del resultado de revocación o confirmación de la decisión de la Administración, concurriendo la posibilidad de compensación en el primer caso, y en el segundo esa posibilidad será más bien excepcional. En efecto, si se revoca la decisión administrativa, la ganancia del ganador estará dada por una ganancia privada y una ganancia social. La primera corresponde a evitar la pérdida que la decisión administrativa significaría para el administrado en caso de ser confirmada; en cambio, la segunda ganancia emana de la nueva pauta normativa que la decisión judicial de revocación entrega a la Administración sobre la vigencia y ámbito de aplicación de la norma administrativa en cuestión. Pues bien, la ganancia privada no puede dar origen a una compensación al perdedor, ya que no depende del administrado aceptar la sanción aplicada. En el caso de la ganancia social, sin embargo, es posible una compensación ya que ella puede dar origen a que la Administración adecúe su actuación en relación a la norma respectiva a la sentencia revocatoria. Esa compensación tiene la bondad, que salvo el gasto que supuso la judicialización, no debería traer consigo ninguna transferencia desde el administrado a la Administración.

En cambio, si se confirma la decisión administrativa no es posible compensación alguna porque la Administración como ganador debe hacer ejercicio de sus potestades y dar cumplimiento a lo resuelto en sede judicial. Ahora bien, si eventualmente el ganador fuera el denunciante y la decisión confirmada supusiera que este último obtiene una ganancia a costa del denunciado, entonces, pudiera existir una compensación voluntaria entre ambos sujetos, condicionada por la existencia de escasos costos de transacción y por el interés involucrado en la materia<sup>29</sup>. La racionalidad de esta compensación (normalmente cuestionada por quienes consideran que un ganancioso nunca quisiera negociar su ganancia) pasa por la constatación de Coase en el sentido de que la claridad normativa dada por una decisión judicial a los derechos en juego, genera posibles distribuciones posteriores, en tanto los costos de transacción no sean impeditivos (Coase, 1992). Calabresi y Melamed (1996) han incluido exigencias adicionales, dándole más sentido de realidad a esa compensación. Recordemos, con todo, que para la procedencia del criterio Kaldor-Hicks no es necesario que la compensación exista, basta que haya una potencialidad (física o normativa, agregamos nosotros), de que suceda en el futuro esa compensación.

Finalmente, el cuarto requisito refiere que, de existir compensación, los ganadores sigan siendo ganadores, es decir que las transferencias de riqueza a que den origen las compensaciones no signifiquen una pérdida mayor a la ganancia obtenida por la decisión. Este requisito se explica fácilmente porque en el caso de las ganancias sociales



del evento de revocación las mismas no significan transferencia alguna del administrado a la Administración, es decir la ganancia privada obtenida por el administrado no se disminuye en ningún sentido. Por su parte, la ganancia que es susceptible de compensación en el evento de confirmación será negociada por el eventual denunciante siempre que la compensación no signifique una mayor pérdida de lo que pudiera haber obtenido de la decisión a su favor, asumimos en este caso que nadie alcanzará un acuerdo en el que pierda más de aquello obtenido.

De esta manera, la existencia de este ciclo de aplicación de EdP en sede administrativa y judicial determina un resultado eficiente dada la obtención de ganancias netas de bienestar siempre que la decisión sea revocada, que corresponde al caso más improbable (dada la mayor posibilidad de condena en sede judicial). En el evento que la decisión sea confirmada, si bien pudieran existir pérdidas netas de bienestar (los gastos que supone la intervención judicial no se justifican porque bastaba la decisión administrativa en una lógica de minimización), es posible afirmar que concurre un óptimo de costos procesales, ya que los costos administrativos del reclamo se ven compensados por una decisión que (si bien confirma la administrativa) lo hace con un halo de imparcialidad mayor, en un contexto de ejercicio de jurisdicción en donde el juez no está vinculado institucionalmente con la materia decidida. Desde esta perspectiva, la mayor imparcialidad refuerza en sede judicial el valor de presunción de inocencia del administrado en contraposición al valor de dar efectividad al mandato normativo de la norma administrativa, lo que tenderá a dar mayor valor de exactitud a la decisión judicial, más aún si es confirmatoria.

La conclusión anterior no es baladí atendido que las sanciones gozarán de eficacia preventiva en la medida que sean establecidas en un procedimiento justo. Por el contrario, se reducirían los incentivos para adoptar una conducta ajustada a derecho si no existen garantías de que ésta no será sancionada.

Por último, queda mencionar un segundo supuesto, en caso de que invirtiéramos los EdP, rigiendo en el procedimiento administrativo un PP y en la revisión jurisdiccional un CyC. Bajo ese supuesto se reducen las probabilidades de compensación al ser más probable el resultado de revocación de la sanción. En ese sentido aumentarían los incentivos para reclamar la sanción aplicada, originándose pérdidas de bienestar, y la resolución del tribunal más que corregir la aplicación de una regla, podría revocarla por no alcanzar el EdP, lo que supondría más costos administrativos en la etapa de instrucción, pudiendo generar ineficiencias. Con todo, esta hipótesis no fue desarrollada dado que es altamente improbable atendida la posición doctrinaria

mayoritaria (que señala aplicable en materia administrativa un EdP de CyC).

## Conclusiones

Se ha podido examinar en este artículo que las referencias normativas de la LBPA respecto de la eficiencia, eficacia y economía procedimental deben ser conceptualizadas del modo que el AED enseña, ya que la dogmática jurídica no entrega elementos de análisis útiles para dar contenido a esos conceptos. Asimismo, las normas que consagran esos conceptos no permiten dotar de contenido a decisiones definitivas en sede administrativa, en circunstancias que en ese momento es necesario ponderar costos administrativos y costos del error. Por lo mismo, los conceptos referidos no son útiles para examinar la cuestión de los EdP. Al respecto, no compartimos la posición mayoritaria que señala que el EdP aplicable al DAS es de CyC, sosteniendo que más bien corresponde a un estándar de PP. Esta posición tendría mayor sentido si es que, como vimos, gran parte de las decisiones administrativas son recurribles ante tribunales civiles o comunes que aplican un EdP de PP.

## Referencias

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (37), 483-511. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012>
- Arancibia, J. (2016). Los puntos de prueba en litigios de impugnación administrativos. En J. Arancibia, A. Romero (Coord.), *La prueba en la litigación pública* (pp. 161-190). Ed. Librotecnia.
- Arancibia, J. y Alarcón, P. (Coord.). (2014). *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*. Ed. Legal Publishing Chile.
- Arancibia, J. y Romero, A. (Coord.). (2016). *La prueba en la litigación pública*. Ed. Librotecnia.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3.<sup>a</sup> ed.). Ed. Legal Publishing Chile.
- Beyer, H. (1992). Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. *Estudios Públicos*, (45), 1-21. <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-31-a-la-60/estudios-publicos-n-45/ronald-h-coase-y-su-contribucion-a-la-teoria-de-la-economia-y-el-derecho>
- Bordalí, A. y Hunter, I. (2017). *Contencioso Administrativo Ambiental*. Ed. Librotecnia.
- Calabresi, G. y Melamed, D. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. *Estudios Públicos*, (63), 347-391. <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-61-a-la-90/estudios-publicos-n-63/reglas-de-propiedad-reglas-de-responsabilidad-y-de-inalienabilidad-una>
- Camacho, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*. Ed. Legal Publishing Chile.
- Carrasco, N. (2017). La eficiencia procesal y el debido proceso. *Revista de Derecho Privado*, (32), 443-469.

- Carrasco, N. (2019a). Efectividad de las normas procesales civiles. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 52, 67-100. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1170/0>
- Carrasco, N. (2019b). Estándar de preponderancia de prueba en libre competencia: ¿Cómo entender las razones de eficiencia que lo motivan? En M. E. Santibáñez (Dir.), *La Prueba en Los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 701-724). Ed. Thomson Reuters.
- Coase, R. (1992). El problema del costo social. *Estudios Públicos*, (45), 81-134. [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45\\_coase.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45_coase.pdf)
- Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.
- Cordero, E. (2013a). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(1), 79-103. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100004>
- Cordero, E. (2013b). Sanciones administrativas y mercados regulados. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26(1), 119-144. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100006>
- Cordero, E. (2014a). *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho Chileno*. Ed. Legal Publishing Chile.
- Cordero, E. (2014b). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (42), 399-439. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>
- Cordero, E. (2014c). Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo chileno. En J. Arancibia, P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 189-215). Ed. Legal Publishing Chile.

- Domenech, G. (2017). Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica. En F. López, F. Villar (Coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 151-170). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ferrada, J. C. (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (36), 251-277. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100007>
- Fuentes, C. (2011), Consideraciones en torno a la idea de estándar de convicción en el proceso civil. En F. Leturia (Ed.), *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?* (pp. 173-206). Ediciones LyD.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, 28, 127-139. DOI: 10.14198/DOXA2005.28.10
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2011), *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). Ed. Temis.
- Gardais, G. (2002). El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (23), 323-341. <http://dx.doi.org/10.4151/ISSN.07186851-Vol.0-Num.23-Fulltext.511>
- Gómez, F. (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista Derecho del Estado*, (44), 361-384. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.13>
- Gómez, F. (2018). Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 531-544. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000200531>
- Gómez, F. (2016). Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo Chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(2), 213-228. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200010>

- Gómez, R. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis*, 26(2), 193-218. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1474>
- Hicks, J. (1939). The Foundations of Welfare Economics. *The Economic Journal*, 49(196), 696-712. DOI: 10.2307/2225023
- Hicks, J. (1941). The Rehabilitation of Consumers' Surplus. *Review of Economic Studies*, 8(2), 108-116. DOI: 10.2307/2967467
- Hunter, I. (2015). La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la Ley de Tribunales Ambientales, *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 649-669. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200011>
- Hunter, I. (2018). Estándares de prueba de los riesgos en sede administrativa: riesgos, fundamentación y procedimiento administrativo. En D. Hervé, S. Riestra (Ed.), *Riesgos, derecho y medio ambiente* (pp. 139-156). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Isensee, C. (2018). *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil*. Ed. Librotecnia.
- Jara, J. y Maturana, C. (2009). Actas de fiscalización y debido proceso administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), p. 1-28. [http://drevistas.ucv.cl/detalles\\_numero.php?tituloID=238&numeroID=5007](http://drevistas.ucv.cl/detalles_numero.php?tituloID=238&numeroID=5007)
- Jara, J. (2019). La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. *Revista de Derecho Público*, (89), 59-91. DOI: 10.5354/0719-5249.2018.52038
- Jiménez, C. y Fouillieux, P. (2018). Consideraciones para un concepto de error procesal (una mirada desde el análisis económico del derecho). En N. Carrasco (Coord.), *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas perspectivas* (pp. 119-157). Ed. Jurídica de Chile.
- Jhunjhunwala, B. (1974). Kaldor-Hicks-Scitovsky Criteria: A postmortem. *Southern Economic Journal*, 40(3), 493-496. DOI: 10.2307/1056026

- Kahneman, D. y Tversky, A. (1987). Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo. *Infancia y Aprendizaje*, 30, 95-124. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/65981.pdf>
- Kaldor, N. (1939). Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, 49(195), 549-552. DOI: 10.2307/2224835
- Lara, J. L. (2014). Procedimientos de fiscalización/sanción y la Ley N° 19.880 ¿Suficiencia de la supletoriedad? En J. Arancibia, P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 283-300). Ed. Legal Publishing Chile.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>
- Larroucau, J. (2020). Las reglas de peso probatorio como privilegio de la potestad sancionadora de la Administración del Estado. *Ius et Praxis*, 26(2), 170-192. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200170>
- Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*. 12(24), 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>
- Letelier, R. (2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 209-229. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100209>
- Nieto, A. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador* (5.ª ed.). Ed. Tecnos.
- Novemsky, N. y Kahneman, D. (2005). The Boundaries of Loss Aversion. *Journal of Marketing Research*, 42(2), 119-128. <https://doi.org/10.1509/jmkr.42.2.119.62292>
- Orellana, B. (2015). Elementos para un estándar de prueba en el procedimiento administrativo. *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, (6), 56-83. <https://doctrina.vlex.cl/vid/%5Bderecho-procesal-administrativo%5D-elementos-637233949>

- Osorio, C. (2016). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General*. Ed. Legal Publishing Chile.
- Pastor, S. (1993). *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía*. Ed. Civitas.
- Posner, R. (1979). Some uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*, 46(2), 281-306. DOI: 10.2307/1599454
- Posner, R. (1992). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Quezada, F. (2016). Procedimientos administrativos sancionadores especiales y la Ley N° 19.880. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez, O. Urrutia (Ed.), *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp. 241-263). Ed. Universitarias de Valparaíso.
- Román, C. (2007). Los principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Público*, (69), 24-35. doi:10.5354/0719-5249.2016.39912
- Román, C. (2014), El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Público*, (71), 183-214. doi:10.5354/0719-5249.2014.35692
- Saldías, D. (2018). La eficiencia como exigencia de racionalidad procesal. En N. Carrasco (Coord.), *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas perspectivas* (pp. 27-54). Ed. Jurídica de Chile.
- Santibáñez, M. E. (Dir.). (2019). *La Prueba en Los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Ed. Thomson Reuters.
- Schäfer, H. y Ott, C. (2004). *The Economic Analysis of Civil Law*. Edward Elgar Publishing.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economics Analysis of Law*. Harvard University Press.
- Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>



- Stewart, K. Y. (1981). Administrative Law. The Standard of Proof in Administrative Adjudications. *Steadman v. SEC. Howard Law Journal*, 24(3), 353-377. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/howlj24&i=361>
- Tapia, J. y Cordero, L. (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional. *Estudios Públicos*, (139), 7-65. <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-121-a-la-150/estudios-publicos-n-139-2015/la-revision-judicial-de-las-decisiones-regulatorias-una-mirada>
- Vaquer, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, (186), 91-135. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40471>
- Veljanovski, C. (2006). *Economía del Derecho*. Ed. Diego Portales, 2006.
- Vergara, A. (2004). Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 11(2), 137-147. <https://doi.org/10.22199/S07189753.2004.0002.00008>
- Voigt, S. (2016). Determinants of judicial efficiency: a survey. *European Journal of Law and Economics*, 42(2), 183-208. DOI: 10.1007/s10657-016-9531-6
- Zúñiga, F. y Osorio, C. (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Estudios Constitucionales*, 14(2), 461-478. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>

## Normativa

- Chile. Decreto N° 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.
- Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001.

- Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 29 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Diario Oficial de la República de Chile, 16 de marzo de 2005.
- Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 que fija texto del Código de Aguas, Diario Oficial de la República de Chile, 29 de octubre de 1981.
- Chile. Decreto Ley N° 3.538, crea la Comisión para el Mercado Financiero, Diario Oficial de la República de Chile, 23 de diciembre de 1980.
- Chile. Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, Diario Oficial de la República de Chile, 2 de octubre de 1982.
- Chile. Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Diario Oficial de la República de Chile, 22 de mayo de 1985.
- Chile. Ley N° 18.755 establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, Diario Oficial de la República de Chile, 7 de enero de 1989.
- Chile. Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, Diario Oficial de la República de Chile, 27 de enero de 1990.
- Chile. Ley N° 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, 9 de marzo de 1994.
- Chile. Ley N° 19.880, establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2003.
- Chile. Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, Diario Oficial de la República de Chile, 18 de diciembre de 2003.
- Chile. Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, 26 de enero de 2010.

Chile. Ley N° 20.529, Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, Diario Oficial de la República de Chile, 27 de agosto de 2011.

Chile. Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, Diario Oficial de la República de Chile, 9 de enero de 2014.

## Jurisprudencia

---

Chile. *Colun Ltda. c. Superintendencia de Servicios Sanitarios*, Corte Suprema, Rol 11102-2013, 19 de diciembre de 2013.

Chile. *Constructora Santa Rosa 160 S.A. c. Secretaria Regional Ministerial*, Corte Suprema, Rol 2543-2013, 27 de noviembre de 2013.

Chile. *Isapre Banmedica S.A. c. Superintendencia de Salud*, Corte Suprema, Rol 22239-2016, 18 de julio de 2016.

Chile. *Ley de Caza*, Tribunal Constitucional, Rol 244, 26 de agosto de 1996.

Chile. *María Angélica Sánchez*, Tribunal Constitucional, Rol 1518, 21 de octubre de 2010.

Chile. *Pauline Jeanneret*, Tribunal Constitucional, Rol 1307, 20 de enero de 2011.

Chile. *Pizza S.A.*, Tribunal Constitucional, Rol 2495, 31 de julio de 2014.

Chile. *Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo*, Tribunal Constitucional, Rol 1448, 7 de septiembre de 2010.

Estados Unidos. *Steadman v. SEC*, Corte Suprema, 450 U.S. 91 (1981).

## Notas

<sup>1</sup> En tanto obligados a la promoción del bien común, de conformidad con lo establecido en los artículos 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República de Chile y el artículo 3° de la Ley N° 18.575 (en adelante, LOCBGAE).

<sup>2</sup> Mensaje Proyecto de Ley N° 541-350, de 25 de marzo de 2004.

<sup>3</sup> Artículo 35, inciso 1° de la LBPA, de acuerdo con el cual la prueba se apreciará en conciencia.

<sup>4</sup> En relación con la prueba en los procedimientos administrativos, cabe destacar los trabajos contenidos en Arancibia y Alarcón (2014), Arancibia y Romero (2016), y Santibáñez (2019)

<sup>5</sup> En lo que respecta a la utilización de conceptos propios de las ciencias económicas en el campo de las ciencias jurídicas y, en particular, en el Derecho Administrativo, véase Vaquer (2011, p. 123).

<sup>6</sup> Hunter ya ha mencionado este problema (2018, p. 147).

<sup>7</sup> Esto intuye la aplicación de criterios de eficiencia en los procedimientos del DAS como exigencia de racionalidad procesal (Saldías, 2018). Respecto al principio de no formalización y el vicio procesal que afecta la validez del acto, analizado desde el principio de eficiencia, véase Domenech (2017).

<sup>8</sup> Dicho Teorema expresa que, sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno.

<sup>9</sup> La corriente que actualmente está dando mayor énfasis a este objetivo es la de “regulación responsiva” que intenta maximizar los incentivos al cumplimiento normativo. En nuestro medio ver Soto (2016).

<sup>10</sup> Pastor (1993) ha mejorado el tratamiento incluyendo el coste de llegar a acuerdos. De forma que la ecuación sería:  $FBS = \text{mín}(E + L + A)$ .

<sup>11</sup> Para un examen de la relación entre mayor inversión en los tribunales y la generación de decisiones erróneas, véase Voigt (2016, pp. 183-208).

<sup>12</sup> Se hace presente que los costos administrativos que se consideran solo corresponden a aquellos que tienden a la corrección del error, no considerando otros costos administrativos posibles de incurrir en el proceso pero que no están inversamente relacionados con el costo del error. En este sentido, será posible reducir los costos administrativos sin afectar los niveles de costos del error, como cuando eliminamos situaciones de duplicidad de trámites que no conducen a una mejor determinación de los hechos o el Derecho.

<sup>13</sup> Lo expuesto es importante si consideramos que en el derecho chileno los principios de eficiencia y eficacia constituyen un estándar de conducta para los funcionarios de la Administración del Estado en relación con el principio de probidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LOCBGAE, y en el artículo 58, letra a), de la ley N° 18.834.

<sup>14</sup> De acuerdo con el cual, para los trámites ejecutados por otros órganos, deberá consignarse el plazo en la comunicación realizada al efecto, lo que se vincula con el principio de celeridad contenido en el artículo 7 de la LBPA.

<sup>15</sup> Con todo, el cumplimiento de ese plazo no es fatal ni esencial para la validez del proceso, sino que está sujeto a una regla de discrecionalidad reglada, que podría, en casos graves, producir responsabilidad administrativa.

<sup>16</sup> Para una explicación proveniente del Análisis Económico del derecho, véase Carrasco (2017, pp. 448-453).

<sup>17</sup> El modelo norteamericano de EdP es más complejos al establecer diversos hitos en la progresión para la formación de la convicción (Cordero, 2014c, pp. 204-205). En Estados Unidos, a partir del caso *Steadman v. SEC* resuelto por la Corte Suprema, se aplica el EdP de PyP (Stewart, 1981, pp. 353-378).

<sup>18</sup> Tal acto debe dar cuenta de los hechos que la Administración considerara suficientes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 11 inciso 2°, 15, 18 y 41 de la LBPA.

<sup>19</sup> Al contrario, Letelier (2018, p. 209, 2017, p. 645) señala que bastaría con un estándar de prueba preponderante (0,5) para las sanciones administrativas, siendo un mecanismo consustancial a la regulación. En similar sentido respecto de los fines de las sanciones administrativas ver Gómez (2020, p. 207).

<sup>20</sup> Desde la perspectiva del Derecho Civil, véase Larroucau (2012, p.786).

<sup>21</sup> Al respecto, véase Cordero (2014c, p. 193), en referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo (2010) y Pauline Jeanneret (2011).

<sup>22</sup> En este sentido, tanto el TC como la Corte Suprema (en adelante, CS) han agregado que las disposiciones de la referida ley materializan el “debido proceso administrativo”, confirmando que la adecuación de un procedimiento a dicha ley asegura el cumplimiento de las exigencias constitucionales.

<sup>23</sup> Así se reconoció también en el mensaje del proyecto de ley de procedimiento administrativo sancionador.

<sup>24</sup> Ver PIZZA S.A. (2014), Constructora Santa Rosa 160 S.A. c. Secretaria Regional Ministerial (2013), Colun Ltda. c. Superintendencia de Servicios Sanitarios (2013) e Isapre Banmedica S.A. c. Superintendencia de Salud (2016), al reconocer el derecho a desvirtuar el mérito de un acta de fiscalización.

<sup>25</sup> A pesar de que estimamos que no concurren en el DAS las razones de protección de la libertad personal para extender un derecho de ese alcance a este ámbito. Por el contrario, incluso se justifica una presunción de certeza de los actos administrativos dada la especialización de los órganos administrativos (Jara & Maturana, 2009, p. 17). Asimismo, existen otros objetivos que pueden prevalecer en distintas materias (Hunter, 2015, p. 658; Bordalí & Hunter, 2017, pp. 275-276). Como muestra de la imposibilidad de trasladar la presunción de inocencia penal al DAS, la jurisprudencia comparada, ha permitido que la prueba indiciaria venza a la presunción de inocencia (Nieto, 2017, p. 502).

<sup>26</sup> Para una opinión al respecto, véase Isensee (2018).

<sup>27</sup> Nieto ha sostenido que el objetivo de las sanciones administrativas es reducir riesgos y que, por lo tanto, el fin último no sería reprimir, sino que disuadir su producción (2017, p. 32). Cordero (2014c, p. 190) expresa una finalidad similar.

<sup>28</sup> Sin perjuicio de lo sugerido supra acerca del EdP para una decisión final.

<sup>29</sup> Incentivos a un espacio de negociación se pueden verificar en cualquier régimen bajo el cual sea posible exigir reparación tras la sanción administrativa, más aún cuando existen reglas que facilitan su obtención. Así, por ejemplo, el artículo 52 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.