



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

***PRINCIPIOS DE LEGITIMACION DEL IUS PUNIENDI ESTATAL EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: REVISIÓN CRÍTICA***

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor guía: Sr. Luis Cordero Vega
Memoristas: Daniel Oksenberg González
Cristián Flores Fernández

INDICE.

	<i>INTRODUCCIÓN.</i>	8-30
I.	<i>CAPÍTULO I. EL PANORAMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.</i>	31
I.1	Planteamiento de la problemática.	31
I.2	El supra-concepto del <i>ius puniendi</i>	36
	A) Evolución jurisprudencial	38
	A.1) Marco penal como marco jurídico aplicable.	38
	A.2) Aplicación de principios penales	39
	A.3) Aplicación matizada del orden penal como marco supletorio	40
	B) Planteamiento doctrinario.	42
	B.1) Aplicación íntegra de los principios penales.	42
	B.2) Reconocimiento de diferencias y necesarias adecuaciones.	45

II	<i>CAPÍTULO II. PERSPECTIVAS TEORICAS COMPARADAS ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR</i>	49
II.1	Cuestiones básicas	49
II.1.1.	El Estado castigador.	49
II.1.2.	El Derecho Administrativo Sancionador.	54
II.1.3	Funciones de auto y heterotutela del Derecho Administrativo Sancionador.	56
II.1.4	La supuesta unidad del <i>ius puniendi</i> estatal y las diferencias entre sanción administrativa y penal.	58
	(i) Alcances sobre la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración.	58
	(ii) Sobre el injusto penal y el injusto administrativo.	60
	Recapitulación.	62
II.2.	EL INTERES GENERAL O PÚBLICO	66
II.2.1.	Actuación administrativa frente al fenómeno de la autorregulación técnica y la globalización.	70

III	<i>CAPÍTULO III. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA ACERCA DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR</i>	74
III.1	Doctrina chilena acerca de la legitimidad propia del Derecho Administrativo Sancionador.	74
III.1.1.	El pensamiento de Eduardo Soto Kloss.	81
III.1.2	La mirada de Enrique Alcalde Rodríguez.	89
III.1.3	La interpretación que entrega Aguerrea Mella acerca del estatuto constitucional de las sanciones administrativas	93
III.2.	Doctrina chilena acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.	100
III.2.1	Principio de legalidad en materia administrativa.	102
III.2.2	Principio de legalidad económica.	104
III.2.3	Principio de legalidad penal	107

III.2.4	Principio de legalidad y su concreción como principio de Derecho Administrativo Sancionador.	108
III.3.	Jurisprudencia chilena acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.	111
III.3.1	Cobertura legal y colaboración reglamentaria.	112
III.3.2	Tribunales y nuevas tendencias.	122
IV	<i>CAPÍTULO IV. DOGMÁTICA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA</i>	128
IV.1	Recapitulación acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.	128
IV.1.1	Reinterpretación de las Actas Constitucionales a la luz del Derecho Administrativo Sancionador posmoderno: el surgimiento de la legitimidad de la colaboración reglamentaria.	128
IV.1.2	La decadencia normativa del principio de reserva legal.	132

IV.1.3	La nueva configuración del principio de legalidad.	135
IV.2.	<i>CULPABILIDAD</i>	137
IV. 2. 1.	Culpa infraccional administrativo-sancionadora	138
IV.2.2.	Fundamento del estándar de culpa	143
IV.3.	<i>NON BIS IN IDEM</i>	144
IV.3.1	Doble tipicidad e intereses protegidos	147
IV.3.2.	Criterios de supremacía y especialidad	152
IV.3.3.	Reseña jurisprudencial	157
IV.3.4.	Relaciones de sujeción especial.	160
IV.4.	<i>PRESCRIPCION</i>	162

V.	<i>SÍNTESIS FINAL A MODO DE CONCLUSIONES</i>	168
VI.	<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	184

INTRODUCCIÓN Y MARCO CONCEPTUAL

A.- Precisión del objeto de estudio.

En primer lugar, es esta una tesis cuyo objeto de interés es la estructura de legitimación de la sanción administrativa, no del procedimiento de cognición y atribución de la misma. Muchas veces, al abordar al Derecho Administrativo Sancionador, se confunden criterios sustantivos con los puramente procesales, tratando ambos aspectos de la cuestión- de suyo diferentes y gobernados por plataformas normativas diferentes- en una sola línea argumental, por lo mismo confusa. Nosotros, en cambio, desde ya advertimos que las consideraciones que informarán el desarrollo del presente texto se enmarcan en un objetivo netamente sustantivo, aun cuando nos haremos cargo de algunos aspectos procedimentales tangenciales a nuestro estudio.

En segundo lugar, adelantamos ya desde este apartado inicial, que la discusión doctrinaria que analizaremos pregunta acerca del carácter (unitario o no) del *ius puniendi* estatal, punto de partida básico para tomar postura en el sentido de atribuirle a la sanción administrativa una misma *cualidad* represiva que la sanción jurídico-penal, de modo de aprovechar todo el adelanto que en temas de garantías de legitimación de la pena este sector posee, aplicándolas de lleno al Derecho Administrativo Sancionador sustantivo. Las sentencias del Tribunal Constitucional Rol N° 244-1994 y 480-2006, han venido a sentar un verdadero precedente al respecto, estableciendo la citada unidad del *ius puniendi* del Estado, de modo que la potestad represiva del mismo es solo una y se divide en dos vertientes, de una misma estructura sancionatoria, aunque reconociéndoles importantes diferencias a ambos tipos de sanciones. De esta manera, el corolario

lógico de dicha apreciación es la aplicación de los principios jurídico-penales de legitimación al Derecho Administrativo Sancionador, pero con **matices**, presupuestas dichas relevantes diferencias que apuntáramos.

En consecuencia nosotros, respetuosos de dicho precedente jurisprudencial que constituye además doctrina mayoritaria, aclaramos que este trabajo versa sobre el examen y la revisión crítica de dichos matices, intentando aportar a la discusión dando mayores luces acerca de sus contornos.

En tercer lugar, resulta útil efectuar algunas consideraciones acerca del concepto de sanción administrativa.

Siguiendo una distinción de BERMÚDEZ,¹ existe un concepto amplio y uno estricto de sanción administrativa. Desde una perspectiva amplia, sanción es toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta². Como bien observa el citado autor, dicho concepto de sanción no se anuda o vincula necesariamente a una infracción administrativa propiamente tal, constituyendo sanción- con la consiguiente aplicación *in integrum* del catálogo de garantías respectivas- toda decisión desfavorable impuesta por la Administración al administrado, derivada de una conducta suya.³

El concepto estricto, en cambio, propugna hacer indisoluble el concepto de sanción con el de infracción administrativa, observando una vinculación exclusiva y necesaria. De esta manera, sanción administrativa *stricto sensu* estará constituida por tres elementos estructurales, la retribución negativa de la Administración, limitativa de derechos subjetivos prevista en el ordenamiento, la infracción administrativa (que se constituye de acuerdo a los principios de

¹ BERMÚDEZ SOTO Jorge, *Elementos para definir las sanciones administrativas*, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial, año 2008, pp.323-334.

² Concepto cuya fuente original es SUAY RINCÓN, José, *Sanciones Administrativas*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989, p.55.

³ Como por ejemplo, la caducidad de una ayuda o subvención estatal por incumplimiento de los requisitos para otorgarla.

legalidad, cobertura legal, tipicidad y responsabilidad, como veremos) y la conducta personal del administrado, considerada como reprobable *ex ante* por el mismo ordenamiento.

Tenemos, en consecuencia, como concepto estricto de sanción administrativa *aquella retribución negativa de la Administración a un administrado, consistente en la privación o restricción de alguno de sus derechos subjetivos, determinada previamente por el ordenamiento jurídico, y que sea consecuencia de haber sido considerado responsable de las consecuencias derivadas de la comisión de una infracción administrativa en virtud de previo procedimiento administrativo sancionador.*⁴

Creemos acertado recoger la noción estricta de sanción, toda vez que existen otras múltiples consecuencias gravosas para los intereses de las personas como resultado de una resolución administrativa, pero que sin embargo escapan a los objetivos y al alcance del Derecho Administrativo Sancionador, fluyendo de variadas otras fuentes del aparato estatal que las contemplan. En este sentido, debe tenerse presente que los elementos materiales que conforman la potestad sancionadora de la Administración son, precisamente, la *sanción* y la *infracción administrativa*, además de un tercer elemento (formal), constituido por el *procedimiento administrativo sancionador*.

Por último, una consideración previa relativa a los fines de la sanción administrativa y, en definitiva, del mismo Derecho Administrativo Sancionador.

Tomando nuevamente en préstamo las ideas del profesor BERMÚDEZ⁵, creemos que el fin directo o primigenio de la sanción es la prevención de una conducta, la evitación de una acción u omisión que ha sido tipificada previamente por el ordenamiento como infracción administrativa⁶. Sin embargo, miradas las

⁴ Op. Cit. P.326.

⁵ Op. Cit. P.327.

⁶ Como acertadamente indica el mismo autor, es por esta razón que no se exige, para el cumplimiento del tipo, que la conducta produzca daño o consecuencia gravosa alguna, a diferencia, por ejemplo, de la responsabilidad civil.

cosas con algo más de profundidad, lo que en definitiva busca proteger la sanción administrativa es el propio ordenamiento jurídico, poseedor de ciertos y determinados fines y objetivos política y burocráticamente contingentes.

Tal y como se verá más adelante, es esta una perspectiva funcional de la potestad represora de la Administración, cuya virtud consiste en ser de suyo autorreferente. Así, si bien es evidente que el ordenamiento posee diversos objetivos y protege diversos y variados bienes jurídicos- que en materia administrativa pueden ser englobados como *intereses generales o bien común*, según lo que desarrollemos *in extenso* en su lugar en esta obra⁷-, tales tópicos son objetivo último del Derecho en general con lo que, con más precisión, deba sostenerse que la sanción administrativa tiene como objetivo directo y primero la protección del propio ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁷ Cap. II.2, pp. 61 y ss.

B.- Cuestiones generales.

El interés general o público, en un Estado de Derecho, se traduce primero en normas que limitan la actuación de los sujetos de aquel interés, paradójicamente. A través de ello se persigue un control (represivo *ab-initio*; preventivo por disuasión, después) de la vida social para la eficacia del orden jurídico, de suyo autorreferente, y la efectividad de los bienes jurídicos- para algunos, el sistema comunicativo- cuya protección fundamenta la configuración del citado interés. La contravención a dichas normas lleva aparejada una consecuencia , que en el caso más grave puede consistir en infligir un mal al infractor, es decir, en imponerle una sanción, consecuencia que erige al sinalagma libertad-responsabilidad como eje del sujeto, otorgándole a éste un rol normativo dentro del sistema jurídico. El poder (o derecho; *ius*; más precisamente el poder-deber, como se verá) monopólico con que cuenta el estado para imponerlas, sin consideraciones normativas que lo legitimen (de modo de hablar propiamente de un Estado de Derecho), se transforma en un ejercicio arbitrario de violencia incontrarrestable.

Con razones generalmente aceptadas para legitimarlo, y con procedimientos formales de control y auto-sanción, a su vez, sin embargo, se transforma en el llamado *ius-puniendi* estatal, o poder-deber del Estado para imponer sanciones, mediante diversas técnicas, a los sujetos que contravienen sus normas válidamente creadas.

Para JAKOBS⁸, el sentido del *ius puniendi* del Estado consiste en contradecir, a su vez, la contradicción de las normas configurantes de la identidad de la sociedad (de la identidad estructural, en el caso de las normas penales;

⁸ JAKOBS, Ghunter, *Sociedad, Norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995, pp. 16 y ss., traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, ambos catedráticos de la Universidad Autónoma de Madrid.

identidad pragmática, en el caso de las administrativas), confirmando, por lo tanto, dicha identidad. La sociedad, desde este punto de mira, mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo.

Dicho de otro modo, el *ius puniendi* con que cuenta el estado restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de las normas cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de la infracción de la norma (con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad).

Por sanción administrativa, entendemos “*un mal infligido por la administración como consecuencia de una conducta antinormativa. Ese mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho*”⁹.

La doctrina hispánica comparada ha discutido, durante los últimos 30 años, la fundamentación de un único *ius puniendi* o potestad punitiva del estado, en tanto efluvio de diversas manifestaciones que lo concretan (sanción penal y sanción administrativa, contravencional o no penal). Un sector, minoritario pero autorizado¹⁰, propugna la autonomía institucional del derecho sancionador administrativo, afirmando un modelo constitucional de legitimación de la convivencia de poderes con fines institucionales no coincidentes, co-existiendo con el poder punitivo en sentido estricto, la potestad sancionadora de la administración, *así investida para el cumplimiento de su misión específica* (dicho de otro modo, afirman que tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas diferencias de naturaleza-jurídica que justifican su singularidad).

Para la doctrina mayoritaria, en cambio¹¹, existe una única potestad punitiva estatal general que se manifiesta en diversos tipos de sanciones, diferenciadas solo formalmente por el órgano del estado que las interpone (judicial, cuando se

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho Administrativo*, IIª edición, Editorial Civitas, Madrid, página 147.

¹⁰ Por todos, NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª edición ampliada, Tecnos, 2002, pp. 225 y 228.

¹¹ Por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

trata de penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos; administrativo, cuando se trata de las demás).

El quebrantamiento de la unidad teórica antedicha, para este sector, responde a una peculiaridad histórica y una suma de circunstancias, hechos todos que explican la diferenciación, como veremos. Diferenciación que, curiosamente, produjo que uno de los dos sectores se desarrollara científicamente de manera incomparablemente más acelerada que el otro, y que el sector, deficitario, (el Derecho Administrativo Sancionador) contemporáneo invoque al excedentario importando la formulación de alguno de sus conceptos básicos, por tratarse de un mismo núcleo de poder y, por tanto, de un mismo objetivo dogmático.

Como corolario de la anterior descompensación teórica, podemos anotar los distintos fines a que uno y otro sector del poder estatal se encuentra entregado; las penas judiciales están encaminadas a la prevención intimidatoria general y a la reinserción social, mientras que las sanciones administrativas tienen una finalidad represiva más pragmática, aunque sin dejar de compartir, en menor medida, eso sí, el fin primeramente descrito¹².

Cabe agregar, finalmente, que en virtud de la subsidiariedad de la protección penal de bienes jurídicos (en la medida en que cuenta con medios represivos de gran intensidad y, por tanto, de consecuentes enormes cargas de fundamentación para legitimarlos), el legislador debe diferenciar las sanciones ahí donde una meramente contravencional baste para asegurar el fin de protección de se persigue.

Ahora bien, un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el tantas veces citado *ius puniendi* (preservando el interés general, como se indicó) sino también respecto de esa misma potestad punitiva; el ordenamiento

¹² Esto es, la virtualidad estabilizadora de la norma de comportamiento que a través de la sanción se requiere resguardar.

jurídico no sólo ha de disponer de métodos de poder sancionatorio, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva con la que cuenta, para que el ciudadano no quede desprotegido de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”¹³.

En el seno del derecho penal, y desde BECCARIA en adelante, la doctrina científica y posteriormente el estado mediante la asunción de sus hipótesis, ha brindado al sujeto amenazado con sanciones públicas de instrumentos de protección en forma de principios o garantías básicas (la llamada “Carta Magna del delincuente”, *ab-initio*) que pretenden impedir que dentro del terreno trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual, se castigue imprevisiblemente o se impongan sanciones demasiado duras.

El principio de legalidad, piedra angular de los elementos normativos de legitimación, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o basado en una ley imprecisa o retroactiva.

Sin embargo, la época que nos ha tocado presenciar se diferencia drásticamente del paradigma político-social de los tiempos en los que se configuró, en su faceta clásica, el principio de legalidad.

En efecto, asistimos al desarrollo de la llamada *sociedad de los riesgos*, donde nuevos espacios de libertad tecnológicamente creados han creado, correlativamente, nuevos e importantes riesgos para los ciudadanos derivados del conocimiento especializado y monopólico con el que cuentan ciertos *particulares poderosos*, que potencialmente pueden ejercerlo de manera arbitraria.

Consecuentemente el Estado, configurando un nuevo paradigma en la relación de legitimación entre Derechos Fundamentales y sanciones¹⁴, ha debido salir de suposición subsidiaria con el objeto de intervenir precisamente en dichas

¹³ Ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte general*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1997.

¹⁴ Vid. *Infra*, págs 11 y ss.

áreas en donde el ciudadano común y corriente se ve expuesto al abuso de otros particulares de posiciones técnicamente privilegiadas, y lo ha hecho comúnmente mediante la utilización de las sanciones administrativas, tan fecundas en todas las áreas del desarrollo social en los últimos tiempos.

Esta hiper-actividad administrativo-represiva, también estimulada por el sensato carácter de *última ratio* del Derecho Penal, ha venido a plantear todo un nuevo panorama en el plano de la legitimación de la potestad administrativa de la Administración, con incipientes pero plausibles intentos de estructurar todo un sistema de legitimación propia del Derecho Administrativo Sancionador, marcando una diferencia analítica con el Derecho Penal, y sus garantías tradicionalmente importadas al ámbito administrativo.

El clásico principio de legalidad, en este punto, ha venido siendo desplazado por una actividad reglamentaria que se presenta como mucho más flexible y técnicamente mejor preparada para afrontar posiciones dominantes de particulares especialmente poderosos, e ir en defensa de aquéllos que no lo son.

En consecuencia, hemos llamado a su desplazamiento, el cual será bastamente analizado a lo largo de la obra, como *principio de cobertura legal y colaboración reglamentaria*.

De otro lado, sin embargo, gran parte de la doctrina nacional se inclina por alegar la aplicación de las garantías jurídico-penales al plano administrativo, garantías que gozan de consagración constitucional y cuya formulación se pretende levantar sin diferenciar materialmente el ámbito sancionatorio que informan y limitan por lo que, importándolos al ámbito jurídico-administrativo, alimentarán gran parte de nuestras consideraciones futuras¹⁵, y a éstas me remito para su desarrollo y detalle¹⁶.

¹⁵ En derecho penal, se trata de los principios de legalidad y tipicidad, de subsidiariedad y proporcionalidad, de culpabilidad, non-bis-in-idem y debido proceso.

¹⁶ En la línea de SUAY RINCÓN, José, en la obra colectiva *Derecho Administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: "La potestad

Si son en consecuencia- y esta será una hipótesis de trabajo sobre la que se discutirá- aplicables al derecho administrativo sancionador *con algunos matices*, los principios inspiradores del orden penal, dado que ambos serían manifestaciones de un mismo ordenamiento punitivo estatal, hasta el punto, según cierta jurisprudencia comparada¹⁷, que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas y penales, la presente investigación tiene por discutir la plausibilidad dogmática de dicha afirmación, trayendo a colación su consagración discursiva en el seno de las discusiones que a este respecto se han efectuado por parteo tanto de nuestro Tribunal Constitucional como en los Tribunales Superiores de Justicia, y que podría convertirse en el eje central de la discusión, dilucidación y consecuente modernización doctrinaria y judicial del campo del saber jurídico que nos convoca, el derecho administrativo sancionador.

Dentro de dicha discusión, existe en Chile un sector relevante que discute ya no siquiera la validez de la importación de las garantías estructurales penales al derecho contravencional, sino derechamente la constitucionalidad misma del actuar sancionatorio de la administración, partiendo desde luego de la unidad de la potestad punitiva del estado, y entendiendo el sancionar como juzgar.

En efecto, alguna doctrina nacional- en todo caso no dominante¹⁸-se pregunta, partiendo de la hipótesis discutible de que *sancionar es juzgar*, cómo es posible que, (constitucionalmente hablando), si para juzgar se requiere estar habilitado por el ordenamiento constitucional y ello en Chile se ha entregado a los Tribunales de Justicia, a través de un racional y justo proceso, que la administración actúe legítimamente en su actividad punitiva, si carece de jurisdicción.

sancionadora de la administración no es, en efecto, un comportamiento estanco frente al derecho penal, sino sólo una manifestación específica del genérico ius puniendi del estado; debiendo acomodarse, por tanto, a los principios básicos del derecho penal, en cuanto manifestación típica e históricamente consolidada de la disciplina del referido ius puniendi en el marco de un Estado de Derecho".

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 30 de Enero y 8 de Junio de 1981.

¹⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *El Derecho Administrativo Penal*, en *Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la administración*, Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N°s 44 y 45 (1979-1980), páginas 95-103.

Opera, sin embargo, sólo como argumento retórico- a nuestro entender, pues una tal rigidización en los conceptos y las definiciones resultaría en la neutralización de la actividad administrativa, privándole de uno de sus caracteres fundantes (la heterotutela), lo que sería no sólo inconstitucional in-extremo (al no poder satisfacer ninguno de los mandatos a los que está constitucionalmente obligada), sino también absurdo. Sin embargo, una vez superada esa polémica, pero yendo al fondo también del pensamiento escolástico que la animó, lo que en seguida resta es atacar el fondo de la cuestión, de forma sistemática: el alegato de unidad del *ius puniendi* y su consecuente transversalidad en lo que a garantías fundamentales que lo legitiman se refiere. Esta toma de postura es de sumo interés, en el seno del objetivo más general de la progresiva modernización que se pretende llevar a cabo en la discusión punitivo-administrativa nacional.

Por supuesto, también nos haremos cargo, finalmente, de la crítica a la solución hermenéutica que propugna la vigencia de los principios penales en el ámbito administrativo sancionador, haciendo una breve alusión a la teoría de la interpretación constitucional.

Trataremos entonces de enaltecer mediante su análisis la discusión antes descrita, intentando dar luces sobre los caminos posibles para guiarla, en el caso concreto, y después mediante su generalización teórica. Tendremos presente, eso sí, que contrariamente a lo que creyó el positivismo, no existe una única respuesta posible que de solución al problema conceptual, quedando ésta por verificada contrastándola simplemente con los hechos, sino que al contrario, existe un margen de plausibilidad el cual puede *medirse* mediante buenas razones.

Es ésta una *cuestión metodológica*, que en seguida pasamos a revisar, junto también con una pequeña mención relativa a los paradigmas discursivos que nos convocan, y al aspecto comunicativo y contra-comunicativo de la sanción.

C.- Metodología, paradigmas y comunicatividad de la sanción.

C.1 Metodología.

Propio de todo proyecto de investigación, y más aún si contiene propuestas considerativas, son las perspectivas o puntos de partida teóricos en virtud de los cuáles se trata el objeto. Como aquí se pretende introducir razones a ser tomadas en cuenta por la dogmática jurídica administrativa, es preciso realizar una toma de postura personal acerca de la estructura del punto de vista jurídico, que servirá de presupuesto metodológico de aquí en más. En este sentido, aquí se entiende al punto de vista jurídico como normativo, hermenéutico y compulsivo¹⁹;

En primer lugar, la comprensión del derecho puede tener lugar desde la perspectiva del observador o del partícipe. La perspectiva del observador no se compromete con propuestas normativas específicas, sino que se contenta con describir del modo más preciso posible la estructura sistémica que subyace a la disciplina jurídica que se trate, de modo de ordenarla y clasificarla, pero sin tomar de posturas alguna. En cambio, la postura del partícipe- que se corresponde según nuestra opinión con el *punto de vista jurídico*- se expresa a partir de enunciados normativos, esto es, enunciados deónticos o axiológicos que implican una pretensión de corrección alternativa a la pretensión de verdad, entendida ésta como correspondencia con el hecho. Este punto de partida, como se ve, sí se compromete con posturas normativas específicas, aún cuando prefiere admitir un rango de plausibilidad posible antes que criterios de verdad o falsedad. De esta forma, el punto de vista jurídico en tanto enunciado normativo, no admite parámetros de justificación mediante criterios empíricos de verdad, sino mediante criterios de razonabilidad comunicativa.

¹⁹ Las observaciones de este capítulo toman su base del material de lectura propio de la cátedra de Derecho Penal III, Parte Especial, dictadas por el profesor Antonio BASCUÑAN RODRIGUEZ durante el primer semestre del año 2005. Material sin editar.

En segundo lugar, al igual que el punto de vista moral, el jurídico no reconoce criterios empíricos de verdad, pero ambos se distinguen según el tipo de estructura argumentativa que brinda justificación racional a sus premisas, que en el Derecho sólo significan pretensiones de corrección. Esta crucial distinción se explica por cuanto las decisiones jurídicas se encuentran sometidas a constreñimientos metodológicos incomparablemente más intensos que los morales, de aceptación y posicionamiento en el universo comunicacional. En efecto, dicho punto de vista está vinculado a una práctica social institucionalmente diferenciada, en virtud de cuyo diálogo se establecen los dogmas teóricos que le brindan justificación. Esta práctica, además, entrega la partida de verosimilitud necesaria para construir la razonabilidad de la premisa, vinculándola con un hecho previo- la norma institucionalmente establecida- que determina la autoreferencia del sistema, y de dónde extrae su legitimidad. El hecho anterior puede estar dado en términos de legislación, jurisprudencia o costumbre autorizada, incluyendo los presupuestos ideológicos de dichas prácticas, o bien la opinión de sus mejores concedores. (Hablamos de las tradicionalmente llamadas fuentes del Derecho).

Dicho vínculo a primera vista parece requerir enunciados descriptivos susceptibles de justificación mediante criterios empíricos de verdad, pero, si bien la descripción es necesaria, resulta a todas luces insuficiente para expresar el punto de vista jurídico. Primero, porque existen márgenes de respuesta plausibles -dentro del horizonte hermenéutico- a cuestiones que requieren sin embargo una única respuesta posible. (La más razonable).

Segundo, pues tampoco puede pretenderse –como lo hizo el positivismo a comienzos del siglo XX– la indubitabilidad de las prácticas sociales institucionalmente diferenciadas previas. La legislación puede estar hoy sometida a un examen crítico, y su obligatoriedad ya no es un dato incuestionable (existe un examen de constitucionalidad). Y, lo que es sustancial, encima dicho examen de obligatoriedad a de realizarse también desde el punto jurídico.

Sin embargo, por su propia operatividad, el Derecho exige un punto final legítimo y coactivo. Precisamente en eso consiste su función social, la de compensar la radical falta de conclusividad del racionamiento moral; de liberar de la carga imposible que significaría una justificación moral racionalmente exhaustiva de las decisiones jurídicas.

Por último, un fundamento básico del constreñimiento metodológico que distingue al punto de vista jurídico es un dato fáctico, pero que sin embargo expresa un rasgo normativo del derecho como práctica social: la decisión institucional se impone a los afectados por la fuerza.

Se trata de un rasgo normativo, y no solo fáctico, por cuanto, como vimos, si desde el punto de vista jurídico se provee la justificación de la decisión institucional, se tiene que desde dicho punto de vista también se justifica la coacción, pues una conclusión correcta desde el punto de vista jurídico significa una exigencia de conducta legítimamente imponible por la fuerza.

En consecuencia y he aquí la secuencia analítica de legitimación de lo compulsivo, en un Estado Democrático de Derecho se deben reconocer dos polos estructurales cuya inter-relación correcta justifica la legitimidad del Derecho: a los ciudadanos, ámbitos personales de autonomía (principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad) y a la deliberación pública, ámbitos de decisión de la voluntad popular (principio constitucional de pluralismo político).

De esta forma, el punto de vista normativo equilibra la deferencia a la decisión política a la vez que es capaz de evaluarla a la luz de los ámbitos de autonomía individual, y el resultado de este proceso es (o no es, también) la legitimación de la coacción.

Justamente en eso, finalmente, radica la elemental diferenciación entre Derecho y Moral: Aquél integra a éste en su propio proceso interno de auto-creación, pero sin embargo la decisión que institucionalmente se impone a sus destinatarios por la fuerza no es ya una decisión moral, pues fue intensamente constreñida a

catapultarse como la más razonable de todas las demás, y eso la hizo legítima. La decisión moral, en cambio, al ser más *pura* o básica, nunca podrá ser impuesta por la fuerza, en un Estado de Derecho.

C.2 Paradigmas discursivos.

El paradigma clásico de legitimación del *ius puniendi* Estatal, discurso heredado de la ilustración y el constitucionalismo, presupone como elementos estructurales a tomar en consideración la potencial fuente de peligro para los Derechos Fundamentales que importa la potestad en análisis y, consecuencia inmediata de aquello, la necesidad de contar con arreglos institucionales para controlarlo.

Si bien es cierto que para este paradigma decimonónico –liberal–, garantista, el ejercicio del *ius puniendi* se concentra inevitablemente en la infracción de intereses individuales fundamentales, ello no implica por definición su ilegitimidad, pues dicha afectación se legitimará en la medida en que esté en función de la protección de un orden normativo a su vez legítimo, de mayor relevancia o peso específico.

Se trata, empero, de una legitimación en principio provisoria, pues no la asegura categorialmente sino que somete al discurso a una dialéctica constante de ejercicios de constreñimientos jurídicos negativos de legitimidad particularmente estrictos, cuya estructura estándar forma parte del núcleo firme del catálogo de derechos fundamentales y sus consecuencias o arreglos institucionales.

Es, como señala Antonio Bascuñan Rodríguez, que “en este contexto de aplicación, los derechos fundamentales constituyen el marco normativo para el control judicial del ejercicio del *ius puniendi*”²⁰.

Éstos, en consecuencia, son estándares normativos que funcionan como límites normativos del ejercicio del *ius puniendi* estatal por parte de todas las facetas del Estado, esto es, por parte del Estado adjudicador (Derecho Penal), del Estado administrador (Derecho Administrativo Sancionador) y, en un esquema constitucional de revisión judicial, también constituyen límites supralegales relativos al ejercicio *del ius puniendi* por parte del estado legislador. Como se ve entre paréntesis, las disciplinas jurídicas cuyo objeto es el análisis de dichos campos normativos represivos funcionan, según este paradigma, fundamentalmente como estructuras argumentativas limitadoras de las respectivas potestades represivas, mediante la creación de principios garantistas que brinden al ciudadano la necesaria defensa conceptual frente al Estado y sus poderes de afectación de intereses individuales.

Son los Derechos Fundamentales, entonces, bajo este paradigma europeo continental de legitimación del derecho a castigar del Estado, los que representan un marco limitativo de dicho derecho en forma de discurso justificativo negativo.

Con todo, cabe avizorar un posible cambio de paradigma respecto del discurso justificatorio que analizamos, en virtud del cual está pasando a ser la potestad punitiva del estado no un peligro sino un medio de protección de los Derechos Fundamentales, derivándose de estos no ya prohibiciones de ejercicio, sino deberes de punición; y esto de dos modos:

El primero, concibe los derechos fundamentales como deberes de protección dirigidos al Estado, y ya no como deberes correlativos de omisión, esto es, como prohibiciones de afectación.

²⁰ Ver BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*, publicado on-line bajo el siguiente link: islandia.law.yale.edu/sela/sbasuncan.pdf, página 6.

Esta nueva postulación dogmática acerca del mecanismo de resolución de conflictos entre el aparato represivo estatal y la protección de los intereses individuales de los particulares, propia del Derecho Internacional- particularmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, es la consolidación de deberes de punición basados en la consideración de la intangibilidad de los Derechos Fundamentales como fines de protección. Luego, lo que es sujeto de control judicial en sede constitucional no es el ejercicio del *ius puniendi estatal*, sino su omisión, en tanto en cuanto se postulan derechamente deberes de punición dirigidos al Estado. Si la seguridad del ciudadano es el fin del estado civil, postulan, entonces la protección de los Derechos Fundamentales es un deber del estado.

Sin embargo dicha tesis no significa, en nuestra opinión, que el deber de protección de los derechos fundamentales sea institucionalmente equiparable a la prohibición de afectación de dichos interés, pues, ningún argumento de legitimación positiva de la potestad punitiva del estado tiene el mismo peso específico o puede compensar la infracción de un principio limitador, de modo que los criterios normativos negativos de legitimación no están sujetos a ponderación con criterios positivos.

En seguida, algunas consideraciones relativas a la relación entre norma sancionatoria y norma de comportamiento, útiles para afrontar el análisis dogmático que se realizará a lo largo de nuestro trabajo.

Señalar, por ejemplo, que la sanción no es una consecuencia imputable necesariamente a la infracción de una norma de comportamiento, pues solo podemos afirmar que la sanción se corresponde a una afectación de un interés relevante del mismo destinatario de una norma de comportamiento derivada de su infracción. Sin embargo la imputación de la sanción a dicha infracción solo se hace posible en virtud de una decisión normativa adicional a la norma de comportamiento, pues no es posible deducir sin más una norma sancionatoria de una norma de comportamiento, y tampoco se conoce un principio general de

imputación de una sanción genérica a la infracción de determinadas normas de comportamiento.²¹

Luego, la correlación intuitiva entre norma de comportamiento y sanción no es necesaria sino puramente funcional, pues la sanción es una forma usual de asegurar la vigencia de una expectativa normativa, pero no analítica.

Esta última consideración permite concluir que, analíticamente, no existen diferencias cualitativas entre una norma sancionatoria genérica y una punitiva (nos referimos a una Penal), lo que abriría paso a la afirmación rotunda de la unidad del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. La pena no sería más que una clase especial de sanción.

Sin embargo, si bien la diferencia que observamos pareciera ser puramente cuantitativa- como argumentábamos-, la entidad de dicha diferencia de intensidad puede desencajar, o dejar abierta, la opción de adoptar una tesis que postule una diferencia cualitativa entre la potestad normativa sancionadora y el ejercicio del *ius puniendi* estatal, entendiendo este último como potestad estrictamente penal. Y esto por dos razones, que fundan el hipotético salto enunciativo hacia la postulación de diferencias categoriales:

En primer lugar, por la entidad o gran intensidad del derecho afectado por la imposición de una u otra forma sancionadora, en especial en relación con el libre desarrollo de la personalidad del destinatario de la norma punitiva. Piénsese, con gran insistencia, en la afectación masiva de los derechos personalísimos que una privación de la libertad supone.

Y en segundo lugar, por la autorización también masiva de afectación que en la substanciación del proceso penal sufre el imputado por infracción a la norma de comportamiento que subyace a la norma punitiva.

²¹ Lo anterior, pues la distinción descrita no se reconduce a una definición de coacción –propia del pensamiento positivista– de acuerdo a la cual si una norma no conlleva sanción para el caso de su infracción no puede ser considerada una norma jurídica

C.3.- Comunicatividad de la sanción.

Veremos en páginas posteriores los presupuestos de legitimación del *ius puniendi estatal*, así como su histórica división circunstancial en dos vertientes teóricas que, diferenciándose, han pasado a constituir dos ramas del pensamiento y del ordenamiento jurídico: El Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

Si bien es cierto que la separación ha sido parte de un proceso histórico, hemos de poner de relieve, como ya tuvimos recientemente ocasión de advertir, que la incuantificable mayor intensidad para la afectación de los derechos fundamentales que supone la pena y su proceso de identificación e imputación, el proceso penal, justifica una diferenciación también analítica.

En lo concreto, en el caso de las normas jurídico –administrativas, la garantía es la imposición de una sanción administrativa a partir de un procedimiento formal. De este modo la sanción contradice el proyecto comunicativo de mundo –y esto también en el plano comunicativo– del infractor de la norma. La sanción expresa que dicha afirmación es irrelevante, confirmando sintéticamente *el valor-* la validez- de la norma cuestionada.

De lo anterior se sigue que, desde esta perspectiva, la relación central entre sanciones y sentencia condenatoria la representa la culpabilidad²² del sancionado. En este punto se asemejan las disciplinas administrativa y penal.

La asunción de este punto general, exige, *prima facie*, distinguir entre dos tipos de sanciones. De un lado la norma sancionadora primaria, implícita en la

²² La culpabilidad en materia represivo-administrativa, tal como nosotros la entendemos, se asemeja a la culpa infraccional de la responsabilidad civil, y será tratada en su debido lugar. Vid *Infra*, páginas 132 y ss.

condena, la que afirma el hecho de la infracción y su atribuibilidad al sancionado, junto con el reproche de su actitud culpable.

Por otro, la norma sancionadora secundaria, que es la que expresa la sanción propiamente tal, esto es, la afectación de intereses personales del sancionado, como consecuencia de la condena. Es, sin embargo, la primera figura normativa la que guarda una relación lógica con la consideración de racionalidad retrospectiva que implica la realización del supuesto de hecho: Si éste es una infracción a una norma de comportamiento atribuible al administrado, entonces su legitimidad es primariamente una cuestión de verdad de enunciados referidos a acontecimientos del pasado. La condena es entonces una reacción crítica reflexiva, realizada con autoridad institucional, frente a la infracción de una regla. La condena tiene un sentido normativo –comunicativo– de validación de la norma de comportamiento infringida, como hemos señalado reiteradamente: Si la infracción es la razón de la condena, entonces la justificación de la condena implica la validación de la norma infringida. Esto es tomar en serio las implicancias de una idea normativa –comunicativa– de justicia política y o funcional.

Una de las grandes objeciones contra esta forma de legitimación, ha sido que ella pretende estabilizar la sociedad sin aludir para nada al sujeto libre.

Se dice también que pretende estabilizar normas sin determinar si hacen o no posible la libertad, normas que atemorizan o, en sede administrativa, normas de pragmatismo burocrático arbitrariamente escogidas. (O corruptibles, poco transparentes). Sin embargo, creemos, yerran dichos argumentos en un punto crucial, pues el sujeto libre, por ejemplo, estará presente exactamente en aquella medida que sea determinante en la autodescripción de la sociedad. En sede administrativa, el excesivo pragmatismo con objeto de densidad burocrática o con objetos meramente caprichosos, estará a su vez presente en la medida comunicativa que corresponde, incluso desarrollarán un saludable “filtro óptico” de análisis crítico de los presupuestos de corrección que la sociedad determine

respecto de la administración de su Estado, puesto que estos principios o valores (aunque sean de carácter pragmáticos) no es posible discutirlos en sede de norma sancionadora, sino en aparatos comunicativos de mayor peso específico y mayor elasticidad para su configuración.²³

El punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral.

Agreguemos a esta consideración que una correcta interpretación de nuestra Constitución Política, en clave liberal y democrática propia de un Estado de Derecho, obliga a adecuar la comunicación de forma que sea el sujeto libre y una transparente y sana Administración quienes la dominen.

Es precisamente de lo que trata esta obra, de incluir en la teoría del Derecho Administrativo Sancionador elementos garantistas propios, diferenciados de los pertenecientes al Derecho Penal, pero sin olvidar que ambas ramas del conocimiento jurídico cuentan con una misma lógica represiva, de modo que nunca está de más evidenciar la función esencial que cumple la pena, en uno, y la sanción, en otro: cual es su virtualidad estabilizadora.

El punto es que quién sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, nada puede saber acerca del contenido de su configuración concreta, acerca del contenido de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas. Pero, ahora bien, al menos tiene la seguridad de saber la mecánica y el hecho de que una sociedad posea y use de un instrumento para tratar los conflictos, por ejemplos los conflictos administrativos que derivan en sanciones, de tal forma que los contrapesos utilizados y desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Es solo esta fuerza de auto conservación la que hemos puesto de relieve en su vital importancia, como fuente inicial o básica de legitimación material de las normas que incluyen sanciones.

²³ En aparatos de deliberación democrática dura.

Como indica JAKOBS “una crisis del *ius puniendi* que, por ejemplo, condujese a una amplia retirada hacia medidas jurídico –civiles–, sería una crisis no solo del *ius puniendi*, sino también de lo público”.²⁴

Finalizamos este análisis con un par de consideraciones de gran relevancia práctica y teórica para el desenlace de esta obra, tras haber anotado ya el elemento común de corte analítico que comparten las penas y las sanciones: no cabe duda que el enorme potencial de afectación de los derechos fundamentales que conlleva el proceso penal, así como la gran diferencia que existe entre la privación de la libertad ambulatoria y la sanción puramente pecuniaria, configuran necesariamente un criterio de delimitación entre el ámbito de derecho penal y el ámbito del restante derecho público sancionador. Como vimos, en la extensión de los derechos y garantías de aquél a éste pueden extraerse ciertas medidas necesarias o matices de importación cuya elaboración dogmática puede deducirse del criterio delimitador anteriormente esbozado.

Con todo, eso sí, no obstante la diferenciación anterior, debemos tener presente dos caracteres que el Derecho Penal nos ha puesto en evidencia y que deben informar el desarrollo del estatuto de legitimación del Derecho Administrativo Sancionador: por un lado, que la finalidad y el sentido de la condena es la rehabilitación de la vigencia de una norma de comportamiento infringida en el pasado y que, por otro, que para que dicha afirmación pueda realizarse con la complejidad discursiva que le está aparejada, caben aplicar ciertas y determinadas garantías estructurales de legitimidad del aseguramiento de dicha norma- tarea a la que la presente obra se avoca-, a todo el ámbito del derecho público sancionador, admitiendo solamente la aplicación por analogía, transitoriamente, de las garantías propias del Derecho Penal hasta una vez que la ciencia jurídica especializada respectiva complete su configuración propia. En ese objetivo se encausa el nuevo concepto del clásico principio de legalidad, que en materia administrativa ha pasado a llamarse *cobertura legal con apoyo*

²⁴JAKOBS, Ghunter, *Sociedad, Norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas, Madrid, 1996 Traducción de Manuel Cancio, op. Cit., pp. 37 y ss.

reglamentario, sin el cual no tendría sentido hablar de seriedad en la estabilización de una norma de comportamiento, y también se encuadra la afirmación según la cuál la condena solo es legítima si la imputación de responsabilidad por la infracción es correcta, es decir, si la afirmación realizada acerca de los hechos del pasado son racionalmente aceptables como afirmaciones verdaderas. (Principio de debido proceso y de culpabilidad jurídico-administrativa).

Es al desarrollo de estas cuestiones básicas a lo que esta obra pretende encauzarse.

CAPÍTULO I PANORAMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR

I.1 Planteamiento de la problemática

Al ser el Derecho Administrativo Sancionador una rama jurídica incipiente no es extraño que dentro de la doctrina nacional no podamos encontrar una elaboración acabada acerca de los principios que le son propios a fin de considerarlo una disciplina independiente y autosuficiente. La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las sanciones administrativas delineando algunos conceptos básicos, pero que distan de ofrecer respuestas sobre las cuales extraer planteamientos generales. Una toma de postura acerca del marco jurídico aplicable a su respecto resulta ineludible a partir del reconocimiento legal que la potestad sancionadora del Estado ha tenido en nuestro país.

Postular la improcedencia o posible inconstitucionalidad de la potestad sancionadora del Estado, resulta a estas alturas una posición superada. Si bien no se encuentra consagrada de manera expresa en la Constitución²⁵, dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos dar nota de una vastedad de normas que atribuyen a órganos especializados de la Administración del Estado el poder jurídico de imponer sanciones en conformidad a la ley²⁶.

²⁵ En ordenamientos comparados como el español, la consagración constitucional de esta potestad se colige del Art. 25.1 de la Constitución de 1978, cuyo texto predica que: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*

²⁶FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *Las potestades y Privilegios de la Administración*. Revista de Derecho Universidad Austral, Valdivia, Vol. XX- Nº 2- Diciembre 2007 pp. 69-94. Así, a manera ejemplar, el Art. 19 del DFL Nº 3/1997, Ley General de Bancos, *"las instituciones sometidas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en alguna infracción a la ley que las rige, a sus leyes orgánicas, a sus estatutos o a las órdenes legalmente impartidas por el Superintendente, que no tenga señalada una sanción especial, podrán ser amonestadas, censuradas o penadas con multa hasta por una cantidad equivalente a cinco mil unidades de fomento"*. En el mismo sentido, en materia de telecomunicaciones, el Art. 36 de la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, dispone que *"las infracciones a las normas de la presente ley, a sus*

La atribución de este poder se basa en la finalidad misma del Estado como gestor de las condiciones que favorezcan la realización de los particulares enfocados al bien común. En este sentido, la potestad sancionadora constituye un poder-deber finalizado orientado al interés público. En el despliegue de su facultad punitiva el Estado debe observar el marco normativo constitucional y legal, respetando y promoviendo los derechos y garantías fundamentales de los administrados como límite a su acción.

Si bien la Constitución Política en su artículo 19 N° 21 otorga a toda persona el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, éste se deberá ejercer *respetando "las normas legales que la regulen"*. La fiscalización del cumplimiento de esta normativa, así como la imposición de las sanciones ante las contravenciones queda en manos de la Administración, la cual debe conciliar las garantías de los agentes económicos con la de los demás involucrados, velando por el buen funcionamiento del servicio en pos de la promoción del bien común de la sociedad. Dichas sanciones tienen una finalidad similar a las penas en la medida que buscan prevenir la infracción de la normativa e imponer un castigo (pecuniario) al autor de la infracción.

La procedencia de la mentada potestad ha sido ratificada tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, aun cuando subsumiéndola como una rama de un más general *ius puniendi* del Estado²⁷. El problema que queda pendiente es, pues, el de establecer

reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley. Las sanciones sólo se materializarán una vez ejecutoriada la resolución que las imponga". Por último, en materia eléctrica también encontramos esta potestad sancionadora de la Administración del Estado, disponiendo el Art. 3 N° 12 y 23, respectivamente, la facultad de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para "amonestar, multar e incluso administrar provisionalmente el servicio a expensas del concesionario, si la calidad de un servicio público de distribución de recursos energéticos es reiteradamente deficiente" y "sancionar el incumplimiento de las normas técnicas y reglamentarias vigentes o que se establezcan en virtud de la legislación eléctrica, de gas y de combustibles líquidos relativas a las instalaciones correspondientes, con desconexión de éstas, multas o ambas medidas"

²⁷ SCS Rol 2248-2005 : 3º "Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles...esta dotada de una amplia potestad sancionadora, para castigar las infracciones a la normativa pertinente, cometidas por personas o entidades sujetas a su control", SCS Rol 191-2007 Considerando 7º

los límites o parámetros bajo los cuales se debe desplegar esta actividad, ya que no cabe cuestionar el que las facultades sancionatorias entregadas a los órganos de la Administración del Estado *deben ser ejercidas y regirse conforme a los principios y garantías reconocidos en las normas constitucionales, legales y reglamentarias en sus relaciones con los entes sujetos a su ámbito de fiscalización*²⁸.

En efecto, por explícito mandato constitucional, toda actividad desplegada por un órgano del Estado, entre las cuales se enmarca la actividad sancionatoria de la Administración, tiene como límite el que en su ejercicio se deben de respetar y promover los derechos garantizados tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; toda acción que no se someta a estos preceptos, será inconstitucional²⁹.

Sentadas estas bases, cabe entrar a definir cuales son las garantías en juego al aplicar una sanción de índole administrativa por los órganos del Estado.

Como base fundamental en lo que a garantías se refiere, hemos de nombrar en primer lugar, naturalmente, al *debido proceso*.

En efecto, el marco constitucional que rige de forma integral la aplicación de la ley al caso concreto se encuentra contenido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución³⁰ que asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio

“Que la facultad fiscalizadora y sancionadora de la Superintendencia de AFP surge de lo que disponen los artículos 93, 94 N°2, 5 y 8 inciso 1° del DL 3.500”, SCS Rol 4404-2005 “5° Que en efecto, la mencionada institución fiscalizadora dispone de una amplia potestad sancionadora en su vertiente correctiva...6° Que la potestad sancionadora de que disponen los órganos de la Administración, no es sino expresión del “ius puniendi” del Estado...”, STC Rol 244: *“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”*, STC Rol 480 *“Aún cuando las sanciones administrativas y las penales difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionatoria del Estado-el llamado ius puniendi...”* (considerando sexto)

²⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de marzo de 2008, Rol 8698-2001, considerando Sexto.

²⁹ Artículos Quinto inciso segundo y Sexto de la Constitución Política de la República.

³⁰ Lo dicho en este párrafo se circunscribe a los 5 primeros incisos, a los restantes se dedica más adelante especial atención.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

de los derechos, conteniendo las normas relativas al citado debido proceso. En lo referido al grueso de las disposiciones contenidas en este precepto, ellas se aplican a *toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción*, debiendo fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer las garantías de un proceso racional y justo. Las normas del debido proceso son extensivas a *cualquier resolución de autoridad* que cumpla funciones o ejerza atribuciones que afecten derechos de las personas³¹, interpretación la cual está reafirmada por la historia fidedigna de la ley³².

En ese sentido, a nuestro juicio, la aplicación de las disposiciones contenidas en los primeros cinco incisos del artículo en mención, que engloban el marco general del racional y justo proceso judicial legalmente tramitado, no ofrecen discusión en cuanto a su extensión a todo ámbito de juzgamiento, sea este civil, penal o administrativo.

A mayor abundamiento, La Corte Suprema ha definido el contenido del debido proceso³³, declarando que *“conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno*

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiera sido requerida.

Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselas por sí mismos.

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

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 racional y justo procedimiento.”

³¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique *Los Derechos Constitucionales, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Pág.143

³² *“la garantía del debido proceso legal se amplía a toda controversia que se promueva en el orden temporal- tribunales ordinarios, administrativos, tributarios, Contraloría General de la República, etc.”*

³³ SCS Rol N°.....-2001, en Revista Gaceta Jurídica, N° 258, año 2001. **PONER ROL**

conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”

Como se ve, nuestra Carta Fundamental no descompone todos y cada uno de los elementos del debido proceso, sino que se limita a trazar sus delineamientos básicos. Ha sido la jurisprudencia y también, aunque en menor medida, la doctrina, quienes sí se han hecho cargo de sus principales elementos.

A su turno, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la extensión del debido proceso en sentencia 478 de 8 de agosto de 2006 señalando que:

DECIMO TERCERO: *Que la citada garantía se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción -esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico- por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica”.*

En el mismo sentido, en el voto de minoría del señor Juan Colombo Campbell y Jorge Correa Sutil respecto a la STC 480 se indica que:

PRIMERO: *Que el artículo 19 N° 3 efectivamente consagra un principio general, como lo es el de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, independiente del ámbito o rama jurídica donde se pretenda tal ejercicio.*

No será constitucional entonces, la aplicación de una sanción administrativa sin que de forma previa a su interposición medie procedimiento racional y justo³⁴

³⁴ Si bien existe una variedad de regulaciones que contienen el procedimiento a seguir a fin de que la Administración interponga sanciones (Decreto Ley 119 de 1989 en materia Eléctrica, Título II del Código Sanitario, Ley de Isapres 18.933, etc), en aquellos casos en que ésta resulte incompleta o del todo inexistente, la Ley de Procedimiento Administrativo 19.880, tendrá aplicación supletoria en virtud de lo establecido en artículo primero de esta ley que indica:
ARTÍCULO 1º. Procedimiento Administrativo. *La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley*

en el que se le permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, ya que ello pugnaría con las garantías, que en los incisos del numeral tercero del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos³⁵.

Dejando a salvo la precisión antedicha, podemos entrar de lleno al cuestionamiento que nos convoca, el cual apunta a establecer si los preceptos constitucionales del artículo 19 N° 3 referidos al ámbito claramente penal, son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, pasando a configurar a su respecto los parámetros fundamentales que deben regirlo.

I.2 El supraconcepto de ius puniendi

Previo al análisis de los planteamientos que tanto los juristas nacionales como la jurisprudencia han cifrado a fin de dotar a las sanciones administrativas de un marco jurídico que las regule como fenómeno, cabe dar nota del eje central sobre cuya base se han elaborado.

Esta noción cardinal dice relación con el paradigma acerca del sustrato común que comparten las sanciones administrativas con las penales dado su carácter represivo ante las conductas que contravienen el ordenamiento jurídico. Tanto el Derecho penal como el Derecho Administrativo Sancionador son ramas que fluyen del *Ius Puniendi Publicum* radicado en manos del Estado.

El origen de la tesis del supraconcepto, se encuentra en la Sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español que declara:

“las contravenciones tipificadas se integran al supraconcepto de ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal (...) esencia

establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.

³⁵ STC 389 de 28 de Octubre 2003, considerando trigésimo tercero.

unitaria que, sin embargo, permite reglas diferenciables inherentes a la distinta función para la cual han sido configurados uno y otro ilícito”.

A partir de esta constatación fundamental, la inexistencia de cuadro normativo aplicable a la potestad sancionadora se vendría a corregir mediante una entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como principios generales del Derecho sancionador, al incluir el artículo 25.1 de la Constitución Española *en una fórmula común* penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad, adquiriendo la tesis un respaldo enérgico.

Es sólo una vez consagrada la regulación unitaria de las infracciones administrativas y delitos al tenor del artículo 25.1 de la CE, que el Tribunal Constitucional Español en sentencia de 30 de Enero de 1981 se pronunció en el sentido de que *“los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución...”*.

La base y fundamentos de esta tesis se explican en los dichos de GARCÍA DE ENTERRIA, quien al respecto expone que:

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han impuesto la aplicación a la esfera sancionatoria administrativa de los principios generales del Derecho Penal, sumamente elaborados y precisos, y más aún ante la carencia de regulación paralela de una “parte general” en el Derecho de las sanciones administrativas (...) Ahora bien esta aplicación debe hacerse (...) con matices”³⁶.

Eso en cuanto a lo referido al ordenamiento jurídico-constitucional español. Veremos enseguida lo que a nuestro ordenamiento respecta.

³⁶ GARCIA DE ENTERRIA op. cit. cap XVII Pág. 176 *“...existe en verdad jurisprudencia ya establecida por esta Corte en el sentido de que el vocablo “condenado” de que se sirve el artículo 11 de la Constitución Política*

A) Evolución jurisprudencial.

A.1) Marco penal como marco aplicable: la Constitución de 1925.

En cuanto a la jurisprudencia, puede apreciarse que la aplicación de los principios penales al ámbito de las sanciones administrativas tiene una data que se remonta a la década de los sesenta, ello a partir de lo sostenido por la Corte Suprema en fallo de 31 de marzo de 1966 el cual señalaba que :

(...)“no significa por sí solo una condena por delito penal porque de diversos artículos del Código Civil y del de Procedimiento Civil aparece que las expresiones “condenar”, “condenarse” y otras análogas, se emplean en el sentido amplio comprensivo del hecho de imponerse a una persona una pena o sanción, sea de carácter penal, civil o administrativo, cualquiera que sea la causa que la haga procedente, por lo que no se comprende porqué la palabra “condenado”, sin otro calificativo `puede limitarse en su alcance a la condena por delito penal, máxime cuando el precepto de que se trata se refiere al hecho sobre que recae el juicio y ese hecho puede revestir diversa naturaleza”. (Considerando 9º)³⁷.

Con el fin de reafirmar esta tendencia se evoca el fallo de inaplicabilidad pronunciado por la misma Corte con fecha 12 de julio de 1966 que en su considerando séptimo advertía que:

“...el mencionado precepto comprende la condenación de una persona por cualquier hecho al que la ley sancione con una pena, y la multa...es una pena pecuniaria, y esta calidad punitiva no se desnaturaliza por el hecho de que la sanción sea aplicada administrativamente”³⁸.

³⁷ Esta deducción esta contenida en el considerando séptimo de STC 480:” **Séptimo:** Que la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno, pues ya hace cuarenta años, la Corte Suprema interpretó que la voz “condenados” del artículo 11 de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas”.

³⁸ *Idem cit 28.* cabe hacer la salvedad anotada por los comisionados en las Actas de gestación de la Nueva Constitución, que la reforma que se llevó a efecto respecto al artículo 11 de la CPR de 1925 cuyo texto indicaba que *Nadie puede ser condenado* en relación a la

Los fallos precitados, fueron pronunciados bajo la vigencia de la Constitución de 1925. La disposición sobre la cual se funda el pronunciamiento de la Corte es el artículo 11, que hacía referencia textual a que

“Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”.

Bajo el amparo de la Constitución de 1980 dicho precepto fue modificado a fin de evitar la extensión de la interpretación del mentado articulado, quedando finalmente redactado de forma que su aplicación se refiere tan sólo a los delitos³⁹, por lo cual la interpretación amplia efectuada por Corte Suprema en las sentencias citadas no cabe hacerla extensiva en base a la nueva redacción que nuestra actual Carta Fundamental contempla del mismo precepto, como veremos en esta obra en su debido lugar.

A.2) Aplicación de principios penales.

En el mismo sentido de hacer aplicables los términos penales, sin hacer mención a posibles matizaciones en su traspaso a la esfera de las infracciones administrativas, la STC 244 del 26 de agosto de 1996, señaló 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”

Del texto de este fallo se ha entendido que la aplicación de tales garantías se podría dar respecto a determinados casos, mientras que en otros podría estarse frente a su total ausencia⁴⁰, teniendo en cuenta la voz *por regla general* que utiliza el citado Tribunal.

³⁹ Vid Infra, cáp. IV.1.1.

⁴⁰ “Se ha de observar que la fraseología utilizada por el Alto Tribunal en un primer momento introduce a confusión, porque si bien éste aceptó el planteamiento formulado antaño por los Tribunales Ordinarios y por la Jurisprudencia Administrativa, en torno a que son de aplicación las

En esta misma línea, cabe señalar, existen fallos recientes⁴¹ , que abogan por el traspaso de garantías penales sin variación de su contenido.

Estas sentencias del Tribunal Constitucional se sostienen a partir de la senda marcada por la experiencia jurisprudencial española y la noción del supraconcepto del *ius puniendi* estatal del cual tanto la potestad sancionadora de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales fluyen.

A.3) Aplicación matizada del orden penal como marco supletorio.

La adscripción a la tesis importada de España del traspaso matizado de las garantías del Derecho penal al Derecho Administrativo Sancionador ha sido el último eslabón en la evolución de la jurisprudencia Constitucional Chilena. Esta labor, lamentablemente eso sí, ha consistido en la reproducción de manera casi

garantías del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, al parecer no hace mención a posibles graduaciones de su aplicación sino más bien a excepciones a esta aplicación, por lo cuanto se puede interpretar que para el Tribunal Constitucional en una primera instancia podrán ocurrir dos tipos de de situaciones en materia sancionadora: (1) unas situaciones en las que se aplican invariablemente las garantías del Derecho Penal y (2) otras situaciones en las que se exceptúan esta aplicación...” CAMACHO CEPEDA, Gladys “La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora”, Revista de Derecho Público Nº 69, 2004. Pág. 21

“Esta sentencia sostuvo que los principios penales eran aplicables al Derecho Administrativo Sancionador “por regla general”. Esta expresión a nuestra opinión reconoce: a) matices, y b) excepciones” ROMAN CORDERO, Cristián, “El principio de A-Legalidad en el Derecho Administrativo –posmoderno- Sancionador”, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, año 2006, Pág.150

⁴¹ *“Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 Nº 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 Nº 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;”. STC 437 de 21 de abril de 2005,*

textual de los postulados de la jurisprudencia española, de manera de ostentar un relevante déficit reflexivo.

Esta operatoria se puede apreciar claramente al contrastar lo establecido por las sentencia citada del Tribunal Constitucional Español ⁴² con lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias 479 y 480 de 2006 que en el mismo tenor ha declarado :

*“aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionatoria del Estado y han de estar, en consecuencia, **con matices**, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la justicia en el ejercicio de los derechos”⁴³.*

De este modo, estamos en condiciones de sostener, ya como primera conclusión suficientemente asentada de lo que fluye de lo expuesto, que la traslación de los principios penales al área de las sanciones administrativas carece de sustento en la legislación nacional, siendo una creación eminentemente jurisprudencial.

En este sentido, sin desconocer que esta solución ha sido de gran ayuda a la hora de fundamentar la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración y darle un grado de sustantividad a su estudio, no debe olvidarse que la base actual de esta postura se encuadra en la regulación unitaria que en la Constitución Española se hace de las penas y sanciones en su artículo 25.1, lo cual dista mucho de suceder en nuestra legislación. Si bien es de todas formas una fórmula loable, no son escasos los ejemplos que nos demuestran que la aplicación de modelos externos a la realidad nacional sin la debida consideración de las particularidades propias de cada ordenamiento, puede traer aparejado resultados perniciosos.

⁴² STC Español de 30 de Enero de 1981, “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución...”. Pág. 15

⁴³ STC 479, Considerando Octavo.

La adscripción jurisprudencial a la tesis del supraconcepto de *ius puniendi*, implica pues para ésta, asumir la identidad ontológica de infracciones penales y administrativas. Sin embargo, esa consideración no implica dejar de advertir entre ambas materias una superioridad de intensidad en la afectación de intereses fundamentales de las personas de las primeras que justificaría una mayor rigurosidad en la observancia de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 3, fundado en que las sanciones penales afectan de un modo considerablemente más intenso el libre desarrollo de la personalidad de los destinatarios de su función represiva, no así las administrativas.

B) Planteamiento doctrinario.

Dentro de la doctrina nacional se han planteado diversas maneras de establecer principios o fórmulas a fin de enmarcar la actividad sancionatoria de la Administración dentro de un marco de respeto de los derechos y garantías fundamentales con el propósito de hacerla compatible con los postulados del Estado de Derecho. En base a la concepción unitaria que integran los órdenes penal y contravencional, cuestión que prácticamente es uniforme en la doctrina nacional respectiva, se puede proyectar, sin embargo, diferentes posturas de criterio según si el marco garantístico del primero es de aplicación íntegra a las infracciones administrativas; de aplicación supletoria; de aplicación matizada, o bien que carece de aplicación dotándolo de un estatuto de legitimación propio.

B.1) Aplicación íntegra de los principios penales

La primera fórmula que podemos mencionar es la de aquella vía argumentativa que plantea la aplicación de los principios del derecho penal sin

variación de su contenido dogmático⁴⁴. Esta tesis ha sido defendida sobre la base de fundamentos diversos. En un capítulo de esta obra⁴⁵, se efectuará un análisis exhaustivo de la estructura de pensamiento-confesional y temerosa del Estado-que a estos autores inspira.

Por lo pronto, baste decir que, por ejemplo, ALCALDE RODRIGUEZ basa esta tesis en las Actas Constitucionales anteriormente reseñadas, de las cuales infiere una intención del constituyente de hacer extensivas al ámbito administrativo los principios de las sanciones penales, fundándose para ello en lo escrito al respecto por EVANS DE LA CUDRA⁴⁶. Tanto AROSTICA MALDONADO, como SOTO KLOSS propugnan la inconstitucionalidad de las potestades sancionadoras en manos de la Administración, y el traspaso de los principios penales como una “medida paliativa” a partir de su eminente equivalencia cualitativa⁴⁷. Por su parte VERGARA BLANCO lo fundamenta desde el origen o unidad común de las potestades en el *ius puniendi* del Estado, de modo de sostener que compartiendo este origen común, deben observar el mismo marco constitucional⁴⁸.

⁴⁴ CAMACHO CEPEDA, Gladys *Op. cit.*, Pág. 17

⁴⁵ Vid. *Infra* Capítulo III.

⁴⁶ ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *Las relaciones entre Pena administrativa y la sanción penal*, intervención en IV Jornadas de Derecho Eléctrico, 1995. “creemos que esta conclusión se ve confirmada con el examen de los antecedentes aportados por la historia de las disposiciones constitucionales, la cual de manera indudable, demuestra la extensión que nuestro constituyente quiso dar a los resguardos y garantías presentes en el derecho penal...sobre la base de esta doctrina se colige que al ámbito sancionatorio le son aplicables los mismos principios que rigen la imposición de sanciones penales”.

⁴⁷ AROSTICA MALDONADO, Iván, *un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)*, Revista de Derecho Público, N° 50, 1992, pág.175: “ Pero como aun tenemos que vérnoslas con una abultado campo de sanciones administrativas, postulamos también-como paliativo-el transplante de las garantías jurídicas y procesales del derecho penal...a pesar que el código penal dice que no se reputan penas las sanciones que impone la administración, ello no obsta la identidad esencial entre unas y otras, y como no las separan diferencias cualitativas, cabe reproducir las garantías del orden sancionatorio penal al orden sancionatorio administrativo” SOTO KLOSS comentario a Sentencia Corte Suprema de 24 de Marzo de 1992 en Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo 89 Pág. 28.”suele haberse olvidado en materia administrativa sancionadora sea correctiva sea disciplinaria, y fruto de un estatismo desorbitado y un menosprecio por los derechos de las personas , que dicha materia es un aspecto de lo penal y, por ende, deben serle aplicables los principios fundamentales del derecho sancionador”.

⁴⁸ VEGARA BLANCO, Alejandro, *Principios del ius puniendi que debe respetar la SEC*, publicado on-line bajo el siguiente link <http://www.editec.cl/electricidad/Elec76/articulos/vergara.htm>. Lo sostuvo en los siguientes términos: “La potestad sancionatoria de la Administración cabe distinguirla de la potestad sancionatoria penal, aunque ambas son reflejo del *ius puniendi* del Estado. Esta surge de la potestad jurisdiccional del Estado (sólo los tribunales imponen

NIETO GARCÍA efectúa una advertencia que resulta atingente a nuestra realidad jurídica ya que la adscripción a la teoría monista de las dos ramas del *ius puniendi* para la aplicación de los principios penales a ambas, carece de sustento normativo y no dista de ser una opción de fundamento utilitarista. El mentado autor advierte que:

“...para solucionar tales problemas (ausencia de principios elaborados para el Derecho Administrativo Sancionador), nada mejor que aplicar las normas del Derecho Penal, comparativamente más evolucionado y, desde luego, más completo. Planteadas así las cosas, la teoría de la identidad ontológica no tenía otra función que la de prestar una cobertura teórica a la extensión del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador (...) el Derecho Administrativo Sancionador toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal sencillamente porque le son útiles por causa de una maduración más avanzada y de su superioridad teórica”⁴⁹.

De sostenerse esta tesis sin mediar adaptación de los criterios penales a las características de sustrato administrativo de las sanciones aplicadas, ello implicaría, tal como lo señala acertadamente CAMACHO CEPEDA, *“negar la autonomía del Derecho Administrativo en su especialidad sancionadora y subordinarla no a la Constitución, como efectivamente procede, sino a otro Derecho Público como el Penal, lo cual no tiene fundamento constitucional”* sino

propriadamente "penas" penales, materia estudiada por el derecho penal) y aquélla surge de la potestad de administrar (la Administración puede imponer directamente sanciones, las que legalmente no se reputan "penas", pero cuyo ejercicio puede ser revisado por los tribunales). De lo señalado se desprende la unidad material de la naturaleza del ius puniendi estatal y la necesidad de respetar en su ejercicio los principios que al efecto ha acogido la CP y que se entienden parte integrante del actual ordenamiento jurídico.

El ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad y sus derivados (culpabilidad y non bis in idem). En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo ius puniendi del Estado. Entonces, los principios conocidos generalmente como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador, y tales principios tradicionales del derecho penal se aplican a la esfera sancionatoria administrativa.

<http://www.editec.cl/electricidad/Elec76/articulos/vergara.htm>. visitado el 16 de Agosto de 2008.

⁴⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Op. cit.* Pág 86

que es principalmente una “*estrategia para neutralizar los poderes sancionadores de la Administración.*”⁵⁰

B.2) El reconocimiento de diferencias y necesarias adecuaciones. El nacimiento de un nuevo esquema.

Una vez afianzada la adscripción a la tesis del *supraconcepto ius puniendi*, del cual tanto el Derecho penal y Derecho Administrativo sancionador son derivaciones pero con grados de identidad diferenciables, se ha defendido la fórmula de hacer aplicables los principios del Derecho Penal al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pero de “*forma matizada*”. Se ha reseñado que esta teoría proviene de España, siendo tratada inicialmente por GARCIA DE ENTERRIA⁵¹.

A fin de justificar esta transpolación matizada, entre los autores nacionales, CURY la ha sostenido sobre la base de que:

“...la diferenciación entre ilícito gubernativo y el penal es exclusivamente cuantitativa...solo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo solo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la pena penal”⁵².

Para este autor la decisión legislativa de no reputar como penas las multas y correcciones que se impongan en uso de la jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas contenida en el artículo 20 del Código Penal, tuvo por objeto sustraerlas a la vigencia de los principios penales en iguales términos que en su ámbito de origen. Al ser menor el *quantum* de la sanción, ello justifica la mayor flexibilidad de las garantías penales, en razón a que las infracciones administrativas no son sino injustos de significado ético-social reducido, cuyo

⁵⁰ CAMACHO CEPEDA, Gladys. *Op. Cit.* Pág. 19

⁵¹ Ver nota al pie 18.

⁵² CURY URZUA, CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, Pág 107

traspaso a la Administración se justifica con el fin no entorpecer a la magistratura en el *desempeño de sus funciones más trascendentales*⁵³.

Gladys CAMACHO CEPEDA es partidaria de la doctrina del préstamo de las instituciones del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, pero con modificación de su significado original, imbuyéndolos en la lógica administrativista a fin de armonizar su aplicación dentro de la materia que entran a regir. La aplicación de los institutos del Derecho Penal no es posible de cumplir por el Derecho Administrativo Sancionador si éstos se interpretan con el mismo contenido descriptivo; la exégesis debe partir desde los diferentes fines que la institución ha de cumplir en la ciencia administrativa⁵⁴.

ROMAN CORDERO señala que si bien el ejercicio de las potestades sancionadoras en manos de la Administración debe regirse por los principios de Derecho Administrativo Sancionador, esta disciplina toma en préstamo los principios penales ante su mayor elaboración dogmática. Estos principios actúan como pauta técnica para el delineamiento de los principios autónomos de la disciplina, pudiendo ser su recepción tanto matizada como excepcionada, presentando siempre una materialización más flexible que la penal⁵⁵.

La postura de este autor se basa en una observación realista y práctica acerca de los bienes jurídicos protegidos ya que:

*“No puede olvidarse que el Derecho Administrativo Sancionador no es ni puede ser garantismo puro como el Derecho Penal, y ello porque, en tanto Administrativo, tiene igualmente por función proteger los intereses generales y colectivos frente a los intereses privados. Esta sola consideración impide que pueda sostenerse la aplicación in sólido de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador”*⁵⁶.

Creemos que la senda doctrinaria de estos dos últimos autores citados corre en buen camino, toda vez que, no obstante advertir que el Derecho

⁵³ CURY URZUA, *Op cit* Pág 107 y 108.

⁵⁴ CAMACHO CEPEDA, Gladys, *Op. cit.* Pág. 20

⁵⁵ ROMÁN CORDERO, Cristián, *Op. Cit.*

⁵⁶ ROMAN CORDERO, El Principio de A-legalidad en el Derecho Eléctrico Pág. 52

Administrativo Sancionador debe dejar atrás las actitudes autoritarias del pasado, no es menos deseable tampoco que pierda su identidad orgánica, ahogándose en los moldes del Derecho Penal.

El actual Ministro de la Corte Suprema Pedro PIERRY ARRAU, ha sostenido que en cuanto a los principios que se aplican a las sanciones administrativas, éstos son tres: el que la sanción debe estar establecida por ley, el derecho a defensa, y la posibilidad de que la sanción administrativa pueda reclamarse ante el juez, señalando que la sanción administrativa tiene el carácter de acto administrativo y en esa virtud está sujeta a una serie de principios y normas consagrados en la regulación del procedimiento administrativo (Ley 19.880)⁵⁷, principios y normas que le son propios.

El hecho de constatarse que el acto de aplicar una sanción administrativa es, ante todo, un acto administrativo, es la esencia de la necesidad de la aplicación matizada que los principios penales ha de observar; así como de la consecuente evolución doctrinaria, desde una adscripción total a los axiomas garantísticos y fundamentos penales, hasta la emancipación progresiva del Derecho Administrativo sancionador en aras a configurar un sistema propio.

Es a partir de estas premisas , sin desconocer que el préstamo de los principios penales ha sido el principal motor de evolución del Derecho Administrativo Sancionador en pos de configurarse como una disciplina jurídica autónoma, que es menester comenzar de una vez a extrapolar e identificar aquellos principios que de esta labor se pueden escindir como propios de la potestad sancionadora de la Administración y no ya sólo como principios prestados y atenuados, sino que derechamente comenzar a configurar una Parte General capaz de regir a la disciplina en su totalidad como una unidad autosuficiente.

⁵⁷Semana Jurídica Nº 208 noviembre de 2004. pag 4.

Sin embargo, advertimos, lo anterior dista mucho de ser una empresa sencilla, dada la dispersión normativa en la cual se encuentran contenidas las diversas potestades sancionadoras de los órganos estatales.

Si bien la discusión se ha enfocado hasta hace poco tiempo principalmente desde la perspectiva penal y sus atenuaciones, debe partirse a nuestro entender desde la comprensión del Derecho Administrativo Sancionador como un Derecho eminentemente Administrativo⁵⁸ dentro del cual lo primordial es la gestión de intereses y bienes comunes.

El reconocimiento tanto jurisprudencial como doctrinario de las diferencias que deben mediar entre los institutos penales y su posible vigencia en la interposición de sanciones administrativas, lejos de dar solución al problema, es pues el punto de partida de la discusión acerca de la construcción doctrinario-jurisprudencial de los principios que le son propios; una vez reconocidos sus matices, cabe preguntarse de qué forma se materializarán y qué particularidades presentarán en cada caso, cuestión que constituye la tarea más importante en esta materia⁵⁹.

De este modo, a partir de un estudio cuidadoso acerca de los principios de legalidad, culpabilidad, non bis in ídem y prescripción, los que –creemos– constituyen la base estructural de la incipiente disciplina que nos convoca, podremos tener una idea de cómo han ido evolucionando y adquiriendo un contenido más propio al tratarse de infracciones cuya sanción queda entregada a los órganos administrativos. Esta labor será realizada en la parte final de la obra, al tratarse de consideraciones eminentemente dogmáticas⁶⁰.

⁵⁸ NIETO GARCIA, Alejandro, *Op. cit.*. Pág. 28: "...el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del Derecho Penal, sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional de Derecho Público estatal." En la misma dirección asevera "El Derecho Administrativo Sancionador es en primer término Derecho Administrativo, sobre el que lo de "Sancionador" impone una mera modalización adicional o adjetiva. El plus que añade lo de sancionador significa que este derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo" Pág. 182

⁵⁹ CAMACHO CEPEDA, Gladys, *Op Cit.* Pág. 23

⁶⁰ Vid. *Infra.* Capítulo IV.

CAPÍTULO II. PERSPECTIVAS TEÓRICAS COMPARADAS ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

II.1. CUESTIONES BÁSICAS.

II.1.1 El Estado castigador⁶¹

Es titular único del poder punitivo el Estado, como representante de la comunidad jurídica. Su ejercicio frente a los sometidos tiene lugar a través de órganos especiales de carácter público, de acuerdo con el principio de superioridad y subordinación. Los medios empleados consisten en el recurso a la coacción estatal. Su objeto primordial es el mantenimiento de la paz y la seguridad jurídica mediante la protección de los valores básicos de la comunidad, mutables en el tiempo.

Lo anterior como petición de principios.

Históricamente, la potestad punitiva del Estado admite dos manifestaciones: el ejercicio del poder penal y el ejercicio de las potestades sancionadoras de la administración.

La coexistencia de ambas vertientes ha sido objeto de largas discusiones doctrinarias, siendo al día de hoy la teoría dominante- objeto de revisión en este trabajo- que el *ius puniendi* es uno solo y que estas dos formas de concreción se distinguen sobre la base de aspectos meramente formales y no de carácter esencial.

La afirmación de la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador – correlativo para las infracciones administrativas al Derecho Penal en lo que atañe a los delitos- ha sido manifestación de una larga evolución histórica, no sólo en lo

⁶¹ Por todos, NIETO GARCÍA, Alejandro, Op.cit., pp 177-183.

que a terminología se refiere, sino también en lo referente a los aspectos que lo configuran.

La evolución de la potestad de la administración surge en la consideración de la misma como una simple expresión o aspecto del derecho de Policía. Es con James Goldschmidt que empieza a acuñarse la expresión de “Derecho Penal Administrativo”, hasta llegar en la actualidad a la denominación general de “Derecho Administrativo Sancionador”, denominación que rompe con antiguas estructuras de pensamiento y que pasa a considerarse como la mayoritariamente aceptada a nivel jurisprudencial y doctrinal.

Si pensamos en el sistema jurídico como un sub-sistema social cuyo objeto central, en lo que nos interesa, es (co-) definir la identidad de una sociedad, de un estado o de una persona a partir de instrumentos normativos que se respaldan con imperio, esto es, a partir de normas de comportamiento protectoras de diversos bienes jurídicos que permiten la existencia del citado objeto, y de mecanismos de aseguramiento de su cumplimiento (mecanismos de configuración de principios de responsabilidad), podemos verificar, sin mucho esfuerzo, que este sistema incluye normas nucleares que garantizan la existencia en libertad de cada ciudadano y los principios del orden constitucional y otras, que giran alrededor de este centro, que decrecen en importancia y funcionalidad, y que al irse separando del núcleo se van, sin embargo, aproximando progresivamente al comportamiento normado y socialmente adecuado.

En este sentido, entonces, cuanto menos el comportamiento antinormativo se acerca al núcleo tanto menos necesario y tolerable resulta reaccionar con violencia monopólica- de la cual el estado es sostenedor- del modo en que se haría frente a un comportamiento antinormativo que afecte al núcleo.

Esta es, como se sabe, la perspectiva sistémica del ordenamiento jurídico, principalmente la de JAKOBS.⁶²

Ahora bien, históricamente dicha manifestación normativa sancionadora *extra-nuclear* fue parte del Derecho de Policía con arreglo al cual se sancionaban hechos que no ponían en peligro derechos subjetivos de las personas directamente, sino que sólo en un grado de bastante anticipación, y comúnmente fueron identificadas como infracciones atentatorias de directrices de gobierno o *contravenciones contra reglamentos administrativos*, trazándose implícitamente un límite entre, por un lado, lo conforme a derecho y lo injusto en el derecho penal criminal, y por otro, lo injusto a derecho ajeno al derecho penal, límite que ha de trazar el Estado positivamente, llegando incluso a equiparar a la administración con un aparato de evitación de peligros abstractos.

Se trataba, como se ve, de un Derecho de Administrativo de policía, tendiente a la sola evitación de peligros y cuyo fundamento se encontraba en un simple límite positivo, trazado por el estado (*Reglamentaciones*), *culturalmente indiferente*.

Esto traduce, sin lugar a dudas, la idea ilustrada de que sólo es delictiva la violación de derechos subjetivos, y constituye un interesante criterio delimitador que más tarde será abandonado por completo.

En efecto, esta concepción va perdiendo paulatinamente fuerza, desde el momento en que evoluciona la idea general de policía, rompiéndose con la identidad entre esta y la potestad de la administración de sancionar, planteándose entonces la necesidad de encontrar un nuevo posicionamiento para situar a las contravenciones de policía.

Técnicamente se han esbozado diversos argumentos para eliminar las conexiones existentes entre la Policía y el Derecho Administrativo, sin perjuicio de

⁶² Esta estructura puede encontrarse a lo largo de todo su trabajo, pero, más claramente en JAKOBS, Gunther, "*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993.

lo cual, ambos parecieran cumplir, en último extremo, la misma función: La protección de los intereses Públicos y Generales. (Comunicabilidad teleológica)

De esta forma, la circunstancia de que por una parte, la policía pueda servirse ocasionalmente de sanciones para conseguir sus fines, y por otra, el que la amenaza y la imposición de sanciones contribuyan al mantenimiento del orden, no autorizan a confundir ambas figuras o a la integración de una en otra, sino sólo a confirmar que “se trata de dos medios complementarios y distintos dirigidos al mismo fin⁶³”.

La moderna configuración del Derecho Administrativo Sancionador (en adelante, DAS), sin embargo, surge con GOLDSCHMIDT, para quien dicha rama del derecho no sirve ya a la evitación de peligros, sino al Estado, que fomenta el *bienestar*.

En efecto, sostiene el autor, dado que el bienestar nunca, por definición, ha de convertirse en un estado permanente, sino que corresponde a un anhelo, el delito administrativo, al atentar contra su consecución, no produce un daño (*damnum emergens*), sino que sólo pérdida de ganancia (*lucrum cessans*), ostentando la titularidad en la definición de dichos cánones, naturalmente, sólo la administración.

*“Como injusto del delito administrativo solo queda, pues, la característica omisión del reforzamiento de la administración estatal dirigido al fomento del bien público o del Estado, o bien lo que aparece ficticiamente como tal fomento. En esto consiste la infracción administrativa”.*⁶⁴

Lo relevante de su teoría, entonces, es que en esta concepción la sanción administrativa se convierte en *autotutela* cuyo objeto de protección es un bien jurídico colectivo y difuso, el bienestar.

⁶³ REBOLLO PUIG, Manuel, “*Potestad Sancionadora, alimentación y salud pública*”, Marcial Pons, 1989, pp 445.

⁶⁴ Cita de GOLDSCHMIDT en la op. Cit. de JAKOBS, dado que el trabajo de éste no está traducido al español.

Se trata de la creación del Derecho Penal Administrativo.

La aparición del Derecho Penal Administrativo (Goldschmidt) fue el resultado de la concurrencia de múltiples factores, fundamentalmente, del abandono de la filiación del derecho de Policía, a lo que cabría añadir el aumento del intervencionismo de la actividad administrativa, debido a cambios en la cosmovisión política del estado en virtud de los cuales éste pasa a concebirse según los criterios más intervencionistas del Estado de Bienestar.

La administración, en efecto, pasa a poseer fines propios a alcanzar, fines que son perfectamente individualizables, de los que comprende de forma expresa el ordenamiento jurídico, y que para su concepción cuenta con una potestad sancionadora propia, gracias a la cual se auto ayuda y protege, pudiendo imponer coactivamente el cumplimiento de las normas.

La influencia teórica de Goldschmidt fue arrasadora durante varios decenios, llegando a alcanzar popularidad tanto en Europa como en América. Más aún cuando fue revitalizada por Eberhard Schmidt, cuya influencia aparece en la legislación alemana de 1949, donde se consagra una *potestad punitiva en manos de la Administración, como único medio de garantizar su eficacia*.

De esta forma el Derecho Penal Administrativo logra romper por primera vez las barreras conceptuales impuestas por el Derecho Penal tradicional y que implicaban un estancamiento teórico y la ineficacia práctica de cuantos esfuerzos venía haciendo la administración en tal sentido.

Es así entonces, como el abandono de la postura de la dogmática penal de hacer suyas-bajo las constantes calcificaciones de las penas-las sanciones de policía, implicaba un reconocimiento expreso de que las infracciones administrativas, tipificadas en normas de carácter administrativo y sancionadas por órganos de esta naturaleza y por medio de un procedimiento propio, era una realidad imposible de soslayar y que requería de un estudio serio y concreto, y de un trasfondo teórico propio.

II.1.2 EL Derecho Administrativo Sancionador

La ley alemana de 1968 dio un nuevo vuelco a las tradicionales posturas, distanciándose del Derecho Penal Administrativo, consagrando la etapa del denominado “Derecho Penal de Orden” o Derecho Administrativo Sancionador.⁶⁵

Este giro teórico implicó una verdadera fórmula de compromiso entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, que ha acertado a engarzar ambos términos de manera satisfactoria, confirmando la idea indiscutible de que tanto a nivel constitucional como legal, la consagración de una potestad sancionadora en manos de la administración distinta a la de la potestad punitiva de los tribunales penales es una cuestión evidente.

El derecho administrativo sancionador, diferenciándolo del Derecho Penal Administrativo es en primer término Derecho Administrativo y la expresión “sancionador” se añade con el objeto específico de explicitar que se encuentra invadido por una función represiva, manteniendo sin embargo, plena autonomía e independencia respecto de Derecho Penal.

En este sentido, dicho compromiso entre ambas ramas del derecho es uno del tipo separatista, en el momento en que se funda una *diferencia cualitativa* entre delito “penal” e infracción administrativa: la segunda afectaría sólo a intereses administrativos propios, pero no a bienes jurídicos; no tiene, por consecuencia un daño individual o cultural, sino que un daño social específico, de derivación normativa eminentemente pragmática; y que, por último, la infracción administrativa se agota en la mera desobediencia y no está sujeta a ningún juicio de desvalor ético.

⁶⁵ MATTES, H., *Problemas de Derecho penal Administrativo: Historia y Derecho Comparado*, traducido por José Rodríguez Devesa, 1ª edición, Edersa, Madrid, 1979.

La posibilidad de que la administración detente entonces potestades sancionadoras propias, hace evidente la necesidad de que la esfera del Derecho penal- más allá de respetarlo como ente autónomo- lo dote de sus influencias benéficas. En este sentido NIETO sostiene que:

“El derecho Administrativo Sancionador no ha querido renunciar a su nacionalidad de origen (el Derecho Administrativo), pero como desconfía de él y de su autoritarismo tradicional, no ha buscado aquí los mecanismos de protección y garantías de los interesados y ha preferido “tomarlas en préstamo” del Derecho Penal, que tiene una mayor experiencia a tal propósito”.

La apertura al Derecho penal no desvirtúa su naturaleza y además es sólo de carácter provisional, es decir, a falta de normas suficientes propias del Derecho Administrativo y hasta tanto este no las produzca.

Y lo anterior no deja de ser relevante, toda vez que en el presente trabajo se intentará ensayar un tipo de argumentación jurídica tendiente a controvertir, a lo menos a la luz de nuestro derecho positivo, la supuesta categórica unidad del *ius puniendi estatal*, intentando a la vez la construcción de un sistema de legitimad propia del poder sancionador de la Administración, donde se procurará dejar claramente establecido que los principios garantistas que el DAS toma en préstamo de la rica tradición dogmática jurídico-penal, constituye un estado transitorio de integración de principios por analogía, estando frente a una laguna normativa cuya solución aún se encuentra en un estado de precario desarrollo.

La aplicación de los principios penales a la potestad sancionadora de la administración no implica una subordinación de éste respecto de aquél, puesto que el encuadre sistemático que tiene lugar entre ambas vertientes de la potestad punitiva del estado *no es una relación de filiación sino de hermanamiento* y, más aún, una relación puramente estratégica, según lo dicho anteriormente y que ya tendremos oportunidad de desarrollar con mayor latitud.

II.1.3 Funciones de auto y heterotutela de la Administración

Distingue NIETO⁶⁶, dos sub-funciones de la potestad sancionadora de la administración que nos parece útil citar brevemente, con el propósito de rigurosidad en la configuración de ésta que pretende aportar el presente trabajo.

La de *autoprotección*, mediante la cual la administración busca su propia protección institucional basándose en las *relaciones especiales de poder* que existen respecto de sus funcionarios, y la de *heterotutela*, en la que la administración trata de proteger el orden social en su conjunto.

La primera no sería problemática puesto que, construida sobre el modelo de la potestad disciplinaria, su fin sancionador no sería de retribución o corrección sino que simplemente su propia defensa. (Policía demanial)

Interesante resulta destacar, en este punto, que se trata, ahora sí, propiamente de intereses propios de la administración.

La potestad de *heterotutela* corresponde a la defensa del orden social en su conjunto, como decíamos, y es a ésta la que dedicamos nuestra discusión central.

Los citados autores, y a modo de introducción a lo sucesivo, critican en duros términos la legitimidad constitucional del dicha función represiva, la que según ellos debiera estar radicada únicamente en los tribunales de justicia.

Sin embargo, dicho monopolio represivo de los jueces, consecuente a la separación tradicional de los poderes del estado, en la legislación española se encuentra resuelto en contra, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, la que en sus artículos 9, 25 y 106 definió el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, legitimándolo expresamente⁶⁷.

⁶⁶ Op.cit, pagina 123 y ss.

⁶⁷ Aparejo a dicha consagración, expresó PARADA VELAZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General Tomo I*, Editorial Marcial Pons, Decimoquinta edición, 2004, pág. 113: "...ninguna otra Constitución española, desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el

Resulta especialmente útil destacar, que una de las empresas más relevantes de la dogmática jurídico-administrativa se refiere a *levantar el velo* que cubre a las difusas sanciones públicas, y examinar si el legislador en sentido amplio, ha operado alguna distinción entre ambos tipos de sanciones públicas, las de tipo penal y las de tipo administrativo.

Si así fuera, la supuesta incontrovertida unidad del *ius puniendi* del Estado represor quedaría en entredicho, y la distinción operaría como suficiente legitimación de la entrega a la administración de un poder represivo dirigido a castigar aquellas conductas antijurídicas que constituyen ilícito administrativo.

Empero, si se demostrara desde un punto de vista dogmático que tal distinción no está *sustancialmente* trazada en nuestra legislación, quedaría confirmada la citada unidad de la potestad represiva estatal, pero sin llevar aparejada necesariamente una consecuencia constitucional que suele afirmarse, aquella de que los tribunales de justicia serían los únicos autorizados constitucionalmente para sostener la potestad. (Con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de cuanta ley, reglamento, decreto o circular contemple algún tipo de sanción administrativa de autoejecución.)

La evolución que en tal sentido mostró el pensamiento doctrinario español al respecto puede ilustrarnos el porqué de dicha aseveración.

poder punitivo de la administración como lo ha hecho el artículo 25 de la de 1978...este reconocimiento insólito en el derecho constitucional comparado ha originado que las sanciones administrativas hayan salido del régimen de tolerancia constitucional; se trataba antes de un poder administrativo en precario, aceptado como una necesidad transitoria, pero que permitía mantener la esperanza de reconducirlo al Poder Judicial común. Ahora, la Constitución lo ha sacralizado y aquélla ilusión se ha desvanecido.”

II.1.4 La supuesta unidad del *ius puniendi* estatal y las diferencias entre sanción administrativa y penal.

(i) Alcances sobre la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración

Es un hecho incontrovertible que la Administración detenta un poder sancionador importante lo que, a primera vista, implica una contradicción con la división de poderes del poder político. En su concepción más pura, esta potestad debería de corresponder, dentro de las exigencias del principio de división de poderes, en exclusiva a los Tribunales de Justicia. De ahí que un sector autorizado de la doctrina, tanto penal como administrativa, cuestione la legitimidad teórica de tal potestad. A su entender, todo poder sancionador debe quedar en manos de los jueces. En esa línea se encuentra la doctrina española minoritaria, principalmente GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁸.

No obstante, es a partir del reconocimiento de tal potestad administrativa sancionadora en la *Constitución Española de 1978* (artículos 9, 25 y 106 CE), que la discusión en torno a la legitimidad de tal potestad cobra otros tintes a nivel teórico, cobrando mayor importancia la tesis, hoy dominante, de que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los Jueces y Tribunales (derecho penal), forma parte de un "genérico" *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego pueda manifestarse de dos maneras distintas.

El poder sancionador de la Administración se reconoció, siguiendo el estudio del ordenamiento jurídico español, en el art. 25 de la Constitución Española al recoger el principio de legalidad administrativa, cuando reconoce en su párrafo primero que:

"Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo,-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Derecho Administrativo*, Ed. TECNOS, 2005

Este principio de legalidad es desarrollado, en lo que corresponde a la Administración por el art. 127 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

Confirma dicho poder sancionador el art. 9 CE –tal como sucede con el artículo 6 de nuestra Carta Fundamental- cuando en su párrafo primero impone la obligación de todos los poderes del Estado a la observación de las garantías propias de un Estado de Derecho y ello incluye, por lo tanto, también a la actividad administrativa.

En efecto, el precepto señala que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Por otro lado, el párrafo tercero de este mismo artículo generaliza a todo el Derecho Sancionador los principios "de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Por último, el artículo 106 de la Constitución Española atribuye al Poder Judicial el control de *"la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen"*.

Por lo tanto, en la actualidad española se parte de la existencia de la potestad sancionadora de la Administración y la discusión se centra en saber si ésta ofrece en su ejercicio las mismas garantías que se ofrecen en un proceso penal.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con el ordenamiento jurídico chileno, que no contempla constitucionalmente referencia alguna a la potestad sancionatoria de la Administración, haciéndolo exclusivamente en referencia a la potestad punitivo-penal del Estado, como veremos.

(ii) Sobre el injusto penal y el injusto administrativo.

GOLDSHMIDT⁶⁹, como tuvimos ocasión de comentar, creyó encontrar la diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal en que el Derecho Penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados y, en cambio, el Derecho Administrativo protege puramente pretensiones pragmáticas de bienestar sin *eticidad*. Entre nosotros, quizás el que de forma más categórica se acercó a este planteamiento haya sido SILVA CIMMA⁷⁰, aun cuando de forma muy poco completa.

Según esta concepción, es el mismo Estado quien crea el contenido de la contravención, y no se trata de la protección de bienes jurídicos, es decir, de intereses espontáneamente creados ex ante por la sociedad.

Se trata, como es evidente, de una epistemología principalmente positivista en sede administrativa, y no funcional, como ocurre en el Derecho Penal moderno.

Para lo que aquí interesa, en todo caso, baste con precisar que para esta parte de la doctrina, existe oposición entre Jurisdicción y Administración, y que el delito cumple fines nucleares de protección de la identidad de la sociedad, mientras que la reprensión administrativa consiste puramente en advertencia de deber, creado con anterioridad por la propia administración en ejercicio de su función de heterotutela, con el objeto último del bien común y de estructura pragmática.

“El ciudadano tiene el deber de cooperar con la Administración, y si tal deber se lesiona, el Estado reacciona para evitar futuras infracciones. La multa, como sanción administrativa, se diferencia de la pena criminal no sólo nominalmente, sino también en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber que presenta unas características de aplicación distintas. Es decir, es un asunto administrativo, se presenta bajo el principio de oportunidad, no da lugar a

⁶⁹ Comentado en BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ED. Bosch, Barcelona, 1998, pp 236.

⁷⁰ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes*, ED. Jurídica de Chile, Chile, 2008, 4ª edición, pp. 52 y 53.

antecedentes penales, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago⁷¹”.

Se trata entonces de la diferenciación ontológica entre sanción y pena.

Sin embargo, los intentos que por más de 100 años realizaron autores italianos y alemanes con el objeto de configurar la ontología de la norma sancionadora fracasaron, por estar mal planteada la cuestión.

En primer lugar, porque intentar una separación estructural para fundar una disciplina del derecho autónoma es una empresa infructuosa, toda vez que éste, en múltiples casos, parte de estructuras normativas ontológicamente similares y las regula de modo diferente. Piénsese, a modo de ejemplo, en los diferentes estatutos que existen para regular a los extranjeros y sus relaciones con los compatriotas. Ambos, nadie lo dudará, son ontológicamente iguales.

En segundo lugar, porque el derecho es un instrumento que, por definición, tiende a aislarse del *ser o no ser de las cosas*, consistiendo su objeto de estudio en los aspectos deontológicos de la comunidad, esto es, *el deber ser de las cosas*. De lo contrario se produce una *falacia naturalista*, al intentar derivar del *ser* consideraciones de *deber ser*, o viceversa.

En tercer lugar, la diferenciación entre bienes jurídicos y bienes o intereses administrativos no es clara, toda vez que, por un lado, aquéllos están siendo objeto de múltiples críticas en su definición (quién define a los bienes jurídicos? cuál es su fundamento dogmático? La potestad represora del estado sólo tiene por objeto la exclusiva protección de bienes jurídicos, o más bien restablece en el plano de la comunicación una expectativa normativa injustamente puesta en entredicho?), y por otro, tampoco resulta convincente adjudicarle a la administración intereses propios cuando justamente el velar por los intereses de la comunidad toda es su deber fundamental.

⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La Unidad del Derecho Sancionador*, Editorial Civitas, 1997, página 8.

Por último, debe considerarse que la mayor o menor eticidad que una y otra sanción protege es una cuestión relativa y especialmente controvertible en áreas del DAS convertidas, como lo son los delitos de peligro abstracto o incluso disposiciones dirigidas a la protección de la vida o la salud. (vgr. Tipos en que se sancionan conductas subrepticias enclavadas en el ámbito de la estafa, y que por ello no evidencian una menor relevancia ética que el tipo penal de fraude al fisco o estafa.)

En este sentido, entonces, las anteriores conclusiones permitirían sostener que entre el ilícito penal y el ilícito administrativo sólo reinan diferencias formales.

Se entendería, entonces, por infracción administrativa una acción típica, antijurídica y reprochable, castigada por órganos administrativos y en virtud de la facultad gubernativa de la Administración.

ROXIN, por su parte, en este línea, sostiene que se trata de una diferencia de tipo cuantitativo y no cualitativo. Para él, no se diferencian por la existencia o falta de una lesión a un bien jurídico. Por el contrario, el criterio sustantivo de la delimitación entre ambos lo constituye el principio de subsidiaridad. El legislador debe recurrir a la sanción administrativa, en lugar de la penal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal.⁷²

(iii) Recapitulación.

Vistas las diferentes posturas doctrinarias comparadas acerca de la diferenciación entre injusto penal e infracción administrativa, cabe tomar una postura al respecto.

⁷² *Ib ídem*; pág. 238.

Creemos que persistir en la búsqueda de conceptos filosóficamente plausibles para fundar diferencias categoriales entre ambas clases de conductas antinormativas es un noble ejercicio pero que, sin embargo, escapa de los marcos que interesan a la dogmática jurídica.

Tal y como sucedió en el derecho penal con la eterna discusión del finalismo acerca de la caracterización ontológica de la acción, que presentó tenores de teorización analíticamente impresionantes, en este caso se concluye una y otra vez, por la propia epistemología del Derecho, que las pretensiones naturalistas de incluir conceptos ontológicos dentro de los dogmas que el jurista debe sostener metodológicamente es un despropósito dogmático. El Derecho, a diferencia de la filosofía, tal y como leíamos en el párrafo correspondiente⁷³, se sitúa en la perspectiva del *punto de vista jurídico*, perspectiva sumamente particular de las ciencias sociales en virtud de la cual se parte de ciertos y determinados presupuestos normativos que en ese momento científico *no son objeto causal de análisis, sino puramente consecencial*. Es decir que en el trabajo dogmático propiamente tal, lo relevante es determinar la normativa que rige un instituto, de manera sistemática y argumentativamente plausible, pero no estructurar dicho instituto en base a conceptos extraños a las propias normas, como cualquier pretensión ontológica sería necesariamente debe incluir.⁷⁴

Dice NIETO⁷⁵ que más del 90% de lo que se ha escrito acerca del DAS es precisamente esta materia y que jamás la balanza se ha inclinado definitivamente a favor de una u otra tesis, constituyendo el mejor ejemplo de la erudición mordiendo su propia cola.

⁷³ Vid. Supra, Introducción y marco conceptual, *Metodología, paradigmas y comunicatividad de la sanción*. Páginas 15 y siguientes.

⁷⁴ A mayor abundamiento, en múltiples áreas del derecho la voluntad democrática prima por sobre *el ser de las cosas*; es así como, por ejemplo que para el Código Civil chileno los animales tiene exactamente el mismo estatuto jurídico que las cosas, y es evidente *que no son lo mismo*. O, a la inversa, la misma ontología jurídica en algunos casos se tergiversa por consideraciones de utilidad, tal como sucede con las naves y aeronaves que, siendo cosas muebles por naturaleza, el legislador las considera inmuebles para dar garantía en su tráfico.

⁷⁵ Op. Cit, pág. 89.

Incluso, como indicábamos a modo de ejemplo, nos parece bastante similar al proceso que vivió la ciencia del Derecho Penal a principios del siglo XX, cuando el objeto central de su estudio giró alrededor del *concepto final de acción* (ontológico), discusión que saludablemente finalizó con la irrupción del *funcionalismo* dogmático, que vino a hacer presente a los pensadores del Derecho Penal la necesidad de estructurar los institutos dogmáticos a partir de la teleología normativa de la propia Constitución Política, y acabar con discusiones existenciales que pretendían rigidizar los necesariamente flexibles conceptos del derecho penal, elevándolos a categorías ontológicas cuya pretensión implícita quizás presentaba tendencias totalitarias, dado que muchos de esos conceptos están sumamente entrelazados a múltiples doctrinas político-criminales.

Pues bien, en el ámbito del DAS se vislumbra tendencia similar, toda vez que ya es hora que la doctrina respectiva deje de lado la teorización rígida del existencialismo conceptual y se dedica, sin más, a hacer verdaderamente dogmática jurídico-administrativa, disciplina que pide urgentemente la construcción de instituciones que informen su regulación, especialmente en Chile, donde ni la Constitución ni las Leyes Orgánico-Constitucionales respectivas dan luces claras en la materia.

Es hora, digamos, de iniciar la era científica moderna del DAS, de modo que quizás siguiendo dicha ruta metodológica se logre alcanzar los niveles de precisión y elegancia en la construcción de elementos dogmáticos que ostenta la ciencia del Derecho Penal.

Tan incipiente, ahora reconduciéndonos a nuestro medio, es la dogmática del DAS, que la doctrina aún discute cómo denominar esta materia.

En este sentido, creemos que la doctrina doméstica ha tomado, para dilucidar este problema que reconoce raíces profundas⁷⁶, dos vertientes argumentativas diferentes, ambas lamentablemente erradas.

⁷⁶ Puesto que detrás del título de la institución se encuentra su significado esencial.

Por un lado, la doctrina se ha extendido profusa e inoficiosamente a nuestro entender en la discusión sobre la ontología de la sanción⁷⁷, y respecto del presente error metodológico nos remitimos a lo ya dicho sobre el particular.

Por otro, parte importante de la doctrina chilena a importado los conceptos que a este respecto ha construido la doctrina española, pero de manera no reflexiva, llevando hasta límites inconcebibles la analogía sin sustento normativo doméstico alguno, de modo demasiado similar a lo sucedido en materia de responsabilidad extracontractual del estado y el concepto de *lesión* del artículo 38.2 de la Constitución Política chilena.⁷⁸

En efecto, parte importante de nuestra doctrina administrativa- usualmente formados en la Pontificia Universidad Católica de Chile- han hecho aplicables, sin más y a ultranza, los principios dogmáticos centrales del Derecho Penal, pensados en la Ilustración por BECCARIA, al derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, resulta que dicha doctrina fue creada por el Tribunal Supremo español y aceptada doctrinariamente con resignación desde el año 1978 en adelante, año en el que se promulgó la Constitución española que en su artículo 25.1 aplicó explícitamente el estatuto penal a las sanciones administrativas.

Con todo, en Chile no existe siquiera un precepto constitucional similar al español, por lo que parece francamente insólito la importación de la discusión a nuestro país sin limitarla de manera alguna.

Más aún, como se verá a lo largo del presente trabajo, creemos que en Chile existen argumentos más concluyentes para sostener la autonomía del DAS como disciplina del Derecho Público y la consecuencial independencia conceptual respecto del Derecho Penal, basándonos en nuestro propio ordenamiento constitucional y legal, de manera acorde a lo que entendemos debe obrar un jurista, anteponiendo los preceptos normativos domésticos a sus propios afanes

⁷⁷ La sanción administrativa es o no pena?

⁷⁸ El más claro exponente de estos errores menos reflexivos que políticamente voluntaristas es Eduardo SOTO KLOSS.

cosmogónicos, si no políticos, por decirlo de alguna manera elegante, que desvirtúan la creación de una saludable ciencia administrativa, cuyo eje central debe ser el principio de realidad y concreción.

Como lo expresa Cristián ROMÁN CORDERO⁷⁹:

“El Derecho Administrativo Sancionador es (...) Derecho Administrativo Sancionador. No Derecho Penal. Se trata, en consecuencia, de una rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo.”

Es tanta, a nuestro entender, la relevancia que tiene para el moderno DAS la citada precisión de los fundamentos que lo legitiman que, antes de emprender el arduo camino de conocer y analizar la literatura chilena relativa a las sanciones administrativas, dedicaremos un capítulo para conocer el sentido y alcance del *interés general o público* para las sanciones administrativas y su justificación.

II.2 El interés general o público

Tal como expresa el artículo 1.4 de la Constitución Política de Chile, el Estado sirve con objetividad los intereses generales, y su representante institucional es la Administración⁸⁰. Esta afirmación es el eje sobre el que debe gravitar la actuación administrativa. El interés general se configura de esta manera como un principio constitucionalizado, que debe estar presente y guiar cualquier actuación de la Administración. La consecuencia inmediata no es otra sino la de que la Administración no goza de un grado de autonomía de la voluntad similar al

⁷⁹ ROMÁN CORDERO, Cristián, *“El principio de A-Legalidad en el Derecho Administrativo – posmoderno- Sancionador”*, Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, año 2006, página 2 y ss.

⁸⁰ Prescribe el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”*

que es propio a los sujetos de derecho privado. La actuación de la Administración deberá estar guiada por la búsqueda y prosecución del interés público que le corresponda -para su garantía, fomento y realización- lo que le impedirá apartarse de los fines diversos y concretos cometidos y de las tareas que en cada momento tenga encomendadas.

Esta afirmación no es sino congruente con la concepción de un Estado democrático y social (justifica a su vez el sentido de la reserva de la soberanía por el pueblo) e implica de modo necesario una vinculación directa de la administración a lo que la ley en un lugar y tiempo determinado presuponga como Interés general.

Es la ley, entonces, la que traza los márgenes de lo que la Administración debe entender por interés general. Se trata del llamado principio de juridicidad, fundamento de la acción de nulidad de derecho público, para quienes entienden su inclusión en nuestro sistema.⁸¹

Naturalmente, esta vinculación al interés general no es reducida únicamente al ámbito administrativo sino que rige el marco de actividad de todos los poderes públicos, esto es, no se reduce exclusivamente a la administración pública. Existe desde luego, una referencia múltiple de los sujetos de derecho privado al interés general.

Puede afirmarse desde un punto de vista etimológico, que “interés” no es otra cosa que *la participación de un sujeto en un objeto*. Esta participación viene a dada (o nace) cuando dicho objeto concreto o determinado cobra en algún sentido importancia para este sujeto y es estimado, considerado o reconocido positivamente, ya sea por su utilidad o productividad. De esta manera, el interés general se ofrece a la conciencia colectiva como algo subjetivo y fáctico.

⁸¹ Según los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, *los Órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. (...) Dichos preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos Órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de la citada norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.* Y el artículo 7° dispone: “*Los Órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”.

No obstante lo anterior, la noción de interés general también puede construirse sobre bases de objetividad. Dicha objetividad viene dada por el orden de valores, bienes y fines que considera la Constitución, de acuerdo a la tesis hermenéutica que se exhiba.

En clave contemporánea, la misión central del estado consiste en su *servicialidad*, tal como lo expone el ya citado precepto constitucional, enfocado en un rol de garantía para la comunidad respecto a eventuales padecimientos de restricciones injustificadas en sus derechos individuales, y más recientemente también económicos, sociales y culturales.

En palabras de Gladys CAMACHO:

“...ello se traduce en que la misión del estado contemporáneo es el aseguramiento de las reglas del juego tanto en lo social como en lo económico, todo lo cual acentúa fuertemente su función reguladora”⁸².

Conceptos todos muy amplios, abstractos y más bien formales, sin material propio preciso, pero cuyo grado de imprecisión varía de acuerdo al órgano de que se trate. La Administración, contrariamente a lo que sucede con el legislador, obra concretando dicho interés dentro de los marcos de la ley. El legislador, dentro de los márgenes constitucionales; la Administración, en forma derivativa entonces, dentro de los márgenes que resulten de tal concretización.

La noción amplia de interés general se confunde con el fin mismo del Estado, que no es otra cosa que el Bien Común. Así lo señala la propia Constitución en su artículo 1° inciso 4: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)”. La concreción del bien común por parte del Estado involucra los más variados aspectos de la vida social y lógicamente no queda delimitado por las actividades que la administración realice dentro de su competencia, exclusivamente (aunque como se verá, sí, esencialmente). El buen funcionamiento del ente social debe y es servido por las

⁸²Camacho Cepeda, Gladys, Op. Cit., página 20.

acciones privadas y públicas indistintamente con el peso y la eficacia y en la composición específica que son el resultado de la construcción y estructura del orden constitucional material. La noción de bien común empuja, finalmente, a toda la comunidad organizada, sea colectivamente o de manera individual.

Este es el fundamento de la heterogeneidad de la intervención del poder público en los diferentes ámbitos de la realidad social, que sigue una línea que parte desde la dignidad de la persona humana (ligados al desarrollo de su personalidad) hasta el interés más específico, derivado de las exigencias de la convivencia social. Al respecto nuestra Constitución dispone, en el citado artículo 1 inciso 4:

“El Estado (...) debe contribuir a crear las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posibles, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La intervención del poder público en todos los ámbitos de la vida social ha dado origen a un fenómeno conocido como *administrativización*, o *elefantiasis inorgánica de actividad administrativa*, que aparece como consecuencia de que el orden constitucional contempla, permite e incluso requiere, la acción positiva del poder público (tanto a nivel de la ejecución como de la configuración de las relaciones sociales), todo lo cual, para estar dotado de eficacia y efectividad deberá traducirse siempre en una acción administrativa. He aquí la lógica de la vinculación constitucional de la administración pública al interés general, la definición de la misma por relación al servicio de este.

Sin perjuicio de que estas aseveraciones tienen como consecuencia lógica que la contradicción entre interés público y privado en este ámbito de cosas carece de relevancia particular, no es menos cierto que entre ambos hay diferencias importantes y claras. *El interés público se da cuando el objetivo que debe ser atendido por una actividad afecta a una organización política o administrativa como totalidad y no puede ser logrado más que por esa totalidad.*

Es la propia Constitución la que enmarca y define la concurrencia de un tal interés y como corolario la intervención de los poderes públicos, constituidos conforme al orden competencial-funcional y sustantivo que la misma establece. De esta apreciación resulta la decisión de “redelimitación constante” (y al compás de la dinámica social) de las actividades y la atribución en su caso, de la pertinente potestad-competencia administrativa que resulte llamada a actuar en un determinado orden social.

II.2.1 Actuación administrativa frente al fenómeno de la auto-regulación técnica y la globalización.

Hechas todas las concreciones anteriores, se llega en esta parte a un sentido más estricto de interés general. Es en este plano donde arribamos a la idea que la propia Constitución establece del mismo, esto es, el interés general como el conjunto de bienes jurídicos protegidos imputables a la colectividad o comunidad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos, es decir, a las organizaciones estatales, en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común (o no pertenecientes), a la esfera propia de los sujetos privados.

De esto se colige que la determinación estricta del interés general comprende, por una parte, intereses de carácter genéricos o amplios y de otra, intereses provistos de particularidad e individualidad, dentro de todo cuanto sea la realidad del estado-comunidad de que se trate. De esta forma, existen intereses públicos materiales o fácticos comunes o colectivos en cuanto tales sean establecidos y apreciados por la colectividad dentro de la vida social, por ejemplo, por medio de la opinión pública. Sin embargo intereses públicos reales son por el contrario, los determinados como tales por los poderes públicos.

Esta significación más estricta del interés general se identifica, pues, con el interés público y se contrapone, genéricamente, al interés particular o privado.

Esta contraposición no es sin embargo- a la luz de un Estado de Derecho y social democrático- generadora de exigencias irreconciliables. La sociedad como tal es un ente complejo que presupone la existencia de bloques con caracteres heterogéneos, y por esta razón puede suceder que en función de las circunstancias del caso, la satisfacción de un interés general o público si entra en contradicción con unos concretos intereses particulares o privados -de otro lado y al mismo tiempo- pueda coincidir objetiva y perfectamente con otros intereses privados distintos.

Pues bien, esta típica contraposición de ambos tipos de intereses, presupone necesariamente manejar dos perfiles distintos en donde dicha pugna tenga lugar: de una parte, la naturaleza concreta de ambos intereses y de otra, el ámbito de la realidad social en el que estos tengan operación. De esto se sigue que frente a la manifestación del interés particular y público, en un caso determinado, se puedan lograr traducciones distintas:

Una coincidencia del interés general con el privado.

Una complementariedad de uno respecto del otro.

Una colaboración entre ambos.

Y, finalmente, una contradicción más o menos frontal de los mismos.

Por todo esto, puede sostenerse que la imagen que mejor representa y explica la contraposición entre lo público y lo privado, es una de corte *dialéctico*, donde surgen dos reglas que son capaces de gobernar esta relación y su consecuente composición, a saber:

La sujeción estricta, como necesidad imperante de un estado de derecho, del poder público al ordenamiento jurídico con interdicción de la arbitrariedad, de la correcta definición del interés general o público, que tiene como consecuencia la

posibilidad en todo caso de someter a comprobación esa corrección, a través de un control jurídico verificado por un poder constitucional independiente⁸³.

La supremacía del interés general o público sobre el interés privado o particular, y más concretamente de la sujeción de todos los ciudadanos a la constitución y al ordenamiento jurídico, sujeción que comprende los bienes colectivos determinados y protegidos por la comunidad jurídica conforme a la propia norma fundamental.

El concepto de interés general y público, tal y como se ha venido prefigurando en líneas anteriores, ha sufrido importantes mutaciones en los últimos tiempos, debido básicamente a los fenómenos nuevos que ha introducido la Globalización, la internacionalización del derecho, la de-construcción del estado-nación y el cada vez más cotidiano sentimiento de riesgo que nuestra sociedad crecientemente impulsa.

En este sentido, y para lo que aquí nos interesa, ha planteado ESTEVE PARDO⁸⁴

En los últimos tiempos se han formado en el seno de la sociedad, al margen del Estado, unos poderes formidables, como no se habían conocido hasta ahora. Las fuerzas de la economía han abierto circuitos y formado organizaciones de muy difícil control por el Estado al que, por lo demás, llegan a conmocionar con sus movimientos. Por otro lado, el impulso tecnológico, al avanzar de manera tan trepidante y por tan diversos frentes, ha configurado unos espacios que, por su complejidad y su extensión, resultan con mucha frecuencia impenetrables para los poderes públicos. Unas organizaciones al margen de las estructuras estatales tienden a imponer su dominio en esos ámbitos: las telecomunicaciones, la biotecnología, la energía, los medios de comunicación; y en no pocos casos, ese poder ni tan sólo se nuclea o

⁸³ Así lo dispone nuestra Constitución en su artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁸⁴ ESTEVE PARDO, José, “Autorregulación, génesis y efectos” Revista de Administración Pública N° 160, 2003, páginas 21 y 22.

articula en torno a una organización visible, sino que parece brotar súbitamente, desbordado, al extenderse una tecnología, como es el caso de Internet, o al estallar un enigma de la ciencia como ocurre ahora con el genoma humano. Así es como estos poderes se constituyen y desenvuelven en muy buena medida al margen de la regulación e intervención de los poderes estatales por la sencilla razón de que les resultan inaccesibles y, por ello, incontrolables.

Dejamos abierta la cuestión entonces acerca de la prefiguración del nuevo contenido del interés general. En este sentido, al producirse el fenómeno de autorregulación, en virtud del cual existen amplios sectores del conocimiento técnico ostentosos de correlativos amplios poderes de acción, el Estado adquiere la obligación de intervenir en dicha autorregulación en función de proteger a los particulares no poderosos, que pueden ser objeto de arbitrariedades por parte de los ya citados particulares de conocimiento monopólico.

Dicha obligación ha venido, observamos, siendo ejercida de un modo novedoso al planteamiento clásico de subordinación ilustrada que tradicionalmente ha impuesto el Estado, acercándose más al estatuto de negociación del contrato más que al tradicional estatuto del Derecho Público, tópico que, sin embargo, excede el contenido del presente trabajo.

CAPÍTULO III: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

III.1. Doctrina chilena acerca de la legitimidad propia del Derecho Administrativo Sancionador.

De acuerdo al trabajo investigativo que hemos realizado, se puede postular que la doctrina chilena cuyo objeto de dedicación ha sido el Derecho Administrativo Sancionador- bastante poco numerosa- se divide en 3 corrientes de pensamiento, sistemáticamente analizadas.

En primer lugar, existen quienes niegan la legitimidad material del Derecho Administrativo Sancionador (en adelante, "DAS") por considerarlo derechamente inconstitucional.

En segundo lugar, se encuentran quienes, situados en la misma perspectiva de análisis que los anteriores, admiten como un hecho (constitucional) la existencia y eficacia material del DAS, pero niegan su legitimidad material propia y postulan, consecuentemente, la aplicación directa de los principios y garantías de orden constitucional que restringen el ámbito de poder del Derecho Penal, legitimándolo, al DAS, por considerar que ambas ramas del ordenamiento jurídico no son sino diversas vertientes de un único y general *ius puniendi* estatal.

Y por último están quienes, más audaces, postulan la legitimidad propia, exclusiva y excluyente, del DAS, de orden directamente constitucional, sin necesidad de importar los ámbitos normativos de legitimación del Derecho Penal, que le son ajenos, aún cuando aceptándolos provisoriamente, mediante la analogía, con el objeto simple de integrar sistemáticamente una laguna legal.

Los dos primeras corrientes doctrinarias, mayoritarias en nuestro país- aún cuando el desarrollo doctrinal del tema en cuestión se encuentra en un estadio tan embrionario que ponderar mayorías o paradigmas científicos al respecto resulta más bien dudoso- representan una misma postura ideológica, de corte y formación claramente confesional y contraria a todo tipo de intervencionismo estatal⁸⁵- siguen los postulados de la Iglesia Católica-, por lo que en esta parte de nuestro trabajo serán examinadas conjuntamente, para lo cual hemos centrado nuestra presentación de sus principales argumentos en base a una serie de conferencias, dictadas en la Universidad Santo Tomás de Aquino en el año 2005, que incluyeron a la síntesis, por así decirlo, de los principales exponentes de la doctrina en comento.

Dicha conferencia, enmarcada en lo que la citada Universidad llama *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, tuvieron lugar el día 18 de Noviembre del año 2005, y se denominaron *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*.

Analizaremos las principales de ellas con particular detención, puesto que consideramos que expresan de muy buena manera el principio general de la doctrina que sustentan, abordándolo desde numerosos matices que lo hacen más comprensible y, sobre todo, más evidente.

⁸⁵ Ilustradoras resultan las siguientes palabras de Eduardo SOTO KLOSS, quizás el motor intelectual de la doctrina en comento, en la presentación de las Jornadas inaugurales: "(...)Y aún más preocupante (refiriéndose a las sanciones administrativas de creciente florecimiento en nuestro ordenamiento administrativo) si se considera el avance notorio de una regulación legal que parece no tener límite en este Estado de Bienestar que pretende regularlo todo, en los más diversos sectores de la actividad humana, arrojando a las personas en una verdadera "tiranía burocrática" como habla Tocqueville en premonición notable allá a mediados del siglo XIX en su célebre *La Democracia en América*." SOTO KLOSS, Eduardo, prólogo a las Jornadas Inaugurales *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales :regulación y nuevo intervencionismo*, Universidad Santo Tomás, Chile, 2005, pág. 3.

Ilustrador resulta la conferencia que inaugura la jornada completa, titulada *Estado del Bienestar e intervencionismo*, pues en ella creemos se expresa el postulado ideológico que subyace a este entramado doctrinario.⁸⁶

La autora ofrece una explicación del intervencionismo estatal, tomando en cuenta su origen tanto histórico como filosófico y viendo cómo operan sus presupuestos. Bosqueja también una crítica al principio de utilitarismo que opera en la base del estado de bienestar, argumentando en clave aristotélica-tomista.

En efecto, la autora hace un trabajo comparativo entre las vertientes aristotélica-tomista, que llama clásicas, y la filosofía utilitarista que, sostiene, opera en la base del moderno Estado de Bienestar. Sostiene, tras las resultas de la comparación, que el concepto utilitario de *placer* reemplazó al clásico de *felicidad*, llamándose ahora *bienestar*.

Reemplazo peligroso, toda vez que la visión clásica y, por tanto, la tomista-*visión a la que adhiere*- supone que el verdadero bien es el honesto, y que los otros sólo han de ser buscados como medios para un fin posterior. Los otros bienes a los que se refiere, naturalmente, provienen de la clásica clasificación que de ellos realizó Aristóteles, de acuerdo a su *perfección*, su *apetibilidad*, su *extensión* y su *verdad*.

Y en esta perspectiva sitúa a la felicidad o *fin último* como la consecución de un fin honesto o, dicho con otras palabras, la plenitud y perfeccionamiento de lo más sofisticado del ser humano, que es su inteligencia y su actividad espiritual.

En consecuencia, de acuerdo a los postulados a los que adhiere, si el bien honesto, único real para el hombre, es la actividad más virtuosa del alma, entonces todo lo demás deberá subordinarse a esta actividad, también el placer, puesto que es un bien que no tiene categoría de *fin*, sino de *medio*. El placer, sostiene, aunque es algo que suele acompañar a la actividad, no puede

⁸⁶ Dicha conferencia fue pronunciada por María Esther GÓMEZ PARDO, Profesora de Filosofía Tomista y Directora de Formación General de la Universidad Santo Tomás.

identificarse con la felicidad, que sería la vida más perfecta, sino que es sólo su acompañante, algo *concomitante*.

“Por eso para entender esta subordinación del placer a la felicidad y a la actividad más perfecta es tan importante referir todo esto a la naturaleza, la verdad y al bien, para no hacer depender el juicio de calificación moral de las acciones del placer subjetivo que reporten a cada uno. Con independencia del placer, mero acompañante de la actividad, hay bienes más perfectos que otros y actividades más perfectivas que otras.”⁸⁷

En síntesis, de acuerdo a la postura tomista, el argumento aristotélico postula como condición esencial del bien más perfecto de todos, el hecho de que se *busque por sí mismo y no por otro*, es decir, que sea fin y no medio para conseguir un fin.

Este paradigma moral clásico, sin embargo, comienza a sufrir un vuelco trascendente a mediados del siglo XVIII y comienzos del XIX, a partir de los postulados de la escuela anglosajona empirista. Se trata del nacimiento del utilitarismo como tesis filosófico-moral, con Jeremy Bentham como su principal precursor.

Como se sabe, BENTHAM, descubre el principio del obrar moral en la *búsqueda del placer y la huída del dolor*.

Por *principio de utilidad* se entiende el principio que aprueba o desaprueba cualquier acción, sea cual sea, según la tendencia que se considere que tenga a aumentar o disminuir la felicidad de las partes de cuyo interés se trata; o lo que es lo mismo en otras palabras, a fomentar o combatir esa felicidad. Digo cualquier acción, sea la que sea, y por tanto no se trata sólo de cualquier acción de un individuo privado sino también de cualquier medida de gobierno.⁸⁸

De acuerdo a lo anterior, mientras que desde la atalaya aristotélica-tomista el bienestar es sólo uno de los cuantos medios existentes y perfectibles para alcanzar el bien

⁸⁷ Op.Cit. pág. 14.

⁸⁸ BENTHAM, J, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, en Bentham (antología), (ed. J Colomer), Barcelona, Península, 1991, pp.45 y ss.

supremo, de corte espiritual, en la utilitarista casi llega a identificarse con el placer y la felicidad. Existe, de esta manera, una clara confusión entre fines y medios, desde la postura clásica, que se defiende en la conferencia que comentamos. Y el estado moderno hubo de crecer bajo los axiomas utilitaristas,

Como indica ROSANVALLON, el paso del Estado protector al Estado Providencia traduce, en el nivel de las representaciones del Estado, el movimiento en el que una sociedad deja de considerarse a sí misma como un cuerpo para concebirse como un mercado.⁸⁹

En palabras de la autora del trabajo en comento:

(...) La noción dominante entre los filósofos modernos de la insaciable naturaleza humana hace necesaria la intervención de un estado fuerte y hasta dominante que llega, incluso, a prometer la felicidad total. Locke, Hobbes, Rousseau opinarían de esta manera. Como garante necesario y último de la vida en sociedad, el estado se arroga la pretensión de suministrar al hombre la felicidad, cuando previamente ésta ha sido rebajada al mero placer material y al sentimiento de seguridad física. El hombre egoísta necesita del Estado para saciar sus deseos y, a su vez, el Estado se apoya en tales individuos egoístas para subsistir.⁹⁰

La autora sugiere, entonces, una crisis del Estado moderno derivada de dos ángulos.

El primero, obvio a la luz de las consideraciones precedentes, es el excesivo individualismo pragmático que opera en las bases del Estado moderno, deficitario de consideraciones espirituales que tienden a la cohesión social, es decir, al colectivismo.

El segundo, sistémico, el que bajo el amparo de la sociología de los sistemas⁹¹, postula el desbordamiento del subsistema político en otros subsistemas, necesitados de exclusividad funcional. En otras palabras, se critica la

⁸⁹ ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado Providencia*. Civitas, Madrid. 1995, 37.

⁹⁰ Op. Cit., 22.

⁹¹ Básicamente me refiero a LUHMANN, N., en *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Tr. F. Vallespín). Alianza, Madrid, 1994 Y OFFE, C, en *Contradicciones en el Estado de Bienestar* (ed. De j. Keane, Tr. A. Escotado). Alianza, Madrid, 1998.

intromisión del Estado en ámbitos de legítima autorregulación, es decir, de intervencionismo.

En consecuencia, nos gustaría poner en evidencia la matriz conceptual del pensamiento jurídico confesional que, bajo el prisma de la filosofía clásica y del tomismo, vierten transversalmente en los escritos dogmáticos propios de la disciplina específica de que se trate y, lo que a nosotros nos interesa, en la doctrina administrativa que niega la potestad sancionadora de la Administración, ya despojándola-derechamente- de su constitucionalidad, ya pretendiéndola un anexo al Derecho Penal, sosteniendo la aplicación directa de sus principios y garantías fundamentales, desconociendo que ambas disciplinas ostentan *matrices de legitimación* diversas.

En efecto, CLAUS OFFE apunta a que el Estado de Bienestar es en sí contradictorio e irreversible por el doble componente social y capitalista que está en su base discursiva, en tanto los objetivos que se propondrían los diversos subsistemas entrarían en constante conflicto al buscar planos conceptuales en tensión, y en tanto la abolición de la contradicción significaría la eliminación directa de la democracia y del mercado, características que adjetiva esta relación como irreversible.

La misma contradicción se expresa, sin embargo-mirado bien el pensamiento *confesional*- al postular una revisión de las bases del Estado moderno de bienestar en clave tomista, toda vez que la tesis final que se sostiene es, a un mismo tiempo, colectivista- la búsqueda del *bien supremo*-, en desmedro de los postulados utilitaristas, e individualista-pues se postula la minimización del Estado, y la única forma de colectivismo institucional que conoce la historia es el tejido social discursivo que subyace a su formación, de acuerdo a los postulados contractualistas ilustrados.

Decimos, en síntesis, que se observa una paradoja en la base del pensamiento político-tomista, paradoja que es al mismo tiempo análoga a la que acusan ellos mismos respecto del Estado de Bienestar, y que consiste en que sus

postulados, los derivados de aquella sincrética doctrina cuyos pilares son Aristóteles y Tomás, mezclan pretensiones colectivistas- búsqueda conjunta de bienes supremos- e individualistas, puesto que sostienen la reducción *ad minimum* del estado, y sólo es él quien ha logrado concretar y asegurar alguna forma de cohesión social en la historia de la filosofía política moderna, tal y como bien previó la Ilustración.

Dicho de otra manera, si este sector del pensamiento jurídico postula la revisión del concepto de *bienestar* en tanto búsqueda de *placer común* como base del Estado moderno, a la luz de los conceptos espiritualistas y omnicomprensivos de *bien supremo* y *bien honesto*, porqué exigen la subsidiariedad del Estado, su minimización, dejando al individuo en indefensión cuando éste presenta condiciones desfavorables en relación a los operadores del sistema?

Y la respuesta, creemos, que supera esa contradicción, está en la base del pensamiento católico: en último término postula el reemplazo del monopolio estatal de la intervención en cuestiones de justicia política, por el estatuto de la *caridad*.

Postura legítima, en tanto tesis ética, pero pre-moderna, en relación al correcto entendimiento del Estado como estructura discursiva necesitada de legitimación debido a su posesión exclusiva del monopolio de la fuerza.

A la luz de las anteriores consideraciones filosófico-morales, aparejada de la subsecuente toma de postura al respecto, es que se presenta al lector, en seguida, una síntesis del pensamiento doctrinario confesional del Derecho Administrativo Sancionador y su problemática relación con los Derechos Fundamentales, en el contexto de la citada serie de conferencias dictadas al respecto en la Universidad Santo Tomás de Aquino, el día 18 de Noviembre de 2006.

De ellas, extractaremos el pensamiento de cuatro insignes representantes de la doctrina en comento: Eduardo Soto Kloss, Pedro Aguerrea Mella, Enrique Alcalde Rodríguez e Iván Aróstica Maldonado.

III.1.1 El pensamiento de Eduardo Soto Kloss

“Una de las peores consecuencias de la enseñanza obstinada del Derecho en una visión positivista, esto es, creyendo que el Derecho es sólo la ley, la voluntad del legislador y que cualquiera norma que éste apruebe debe ser acatada y aceptada sin más, es la ausencia de espíritu crítico del contenido de esa ley, de su legitimidad intrínseca en cuanto ordenación que no tiene otra justificación que la de ser un mandato racional destinado al bien común.”⁹²

Para comenzar, el autor deja establecidas las bases programáticas de su conferencia, al referirse a la llamada *Constitución Económica de 1980*, supuesto “régimen normativo que el constituyente plasmó como cimiento y pilar fundamental en ese aspecto”.⁹³

Los principios que lo fundan serían los siguientes: *La primacía de la persona humana*, sujeto anterior y superior al Estado (artículo 1 inciso 1° de la CPol.), *la servicialidad del Estado* (art. 1° inc. 4°) y *el principio de subsidiariedad*, según el cual lo que las sociedades intermedias pueden o no hacer no puede ser asumido por el estado, puesto que su fin específico sería otro (el bien común) y sólo estaría autorizado para asumir el rol asignado a los particulares *sólo en la medida* en que no sea posible ser efectuado por los particulares, e incluso también sólo como reemplazo temporal en una actividad de suyo particular que éstos han iniciado y fallado (art. 1° inc. 3° y 23). El autor, muy demostrativamente, cita el documento *Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República*, producida por la Comisión Ortúzar (12-11-1973), comisión que al

⁹² SOTO KLOSS, Eduardo “*La potestad sancionadora de la Administración, se adecua a la Constitución?*”, en “*Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, regulación y nuevo intervencionismo*”, Conferencias Santo Tomás de Aquino, editorial Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1996, 29.

⁹³ Op. Cit, 30.

parecer llena el gusto intelectual de manera exhaustiva respecto de los integrantes de esta rama doctrinaria del pensamiento jurídico.

Dicho documento, de ninguna manera vinculante pero sí ilustrativo de las posturas constitucionales de los autores que comentamos, establece los siguientes 3 puntos:

-La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección.(N°1 inciso 3)

-La intervención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al entero arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio de todas las libertades se resiente o desaparece. (N°2 inciso 4°).

-La Constitución estimulará la iniciativa creadora de los particulares. (N° 13, párrafo 2°).

Este documento fue la base teórica del documento institucional *Declaración de principios del gobierno de Chile (11-03-1974)*, gobierno autoritario de corte dictatorial.⁹⁴

Enseguida, el establecimiento institucional del referido principio de subsidiariedad, supuesto pilar fundamental de nuestro *orden público económico*, estaría consagrado en el artículo 21 de la Carta Fundamental., el que asegura a todas las personas el libre ejercicio de la iniciativa económica, asignándole al Estado un rol de garante de lo anterior, de acuerdo al cual su asunción de la

⁹⁴ Curioso resulta, por decir lo menos, que las bases filosóficas de la dictadura militar fueran de la misma raíz confesional que las que aquí se han comentado; propugnar, por un lado, la unidad irreductible del hombre en cuanto a su dignidad personal, por un lado, y mantener conculcados sus derechos individuales que la ejercen- durante 17 años- por otro, resulta a lo menos absurdo e inmoral.

actividad empresarial estaría restringida al carácter de *excepcional*, toda vez que se requeriría de una ley de quórum calificado que lo autorizara especialmente a ello, reafirmando su rol subsidiario.

Obviando con evidencia la no argumentación hermenéutica al respecto, SOTO KLOSS interpreta el referido inciso 2° de la Constitución *a contrario sensu*, y afirma la extrema *excepcionalidad* de la actividad empresarial del Estado, obteniendo las siguientes conclusiones al respecto: La primacía que presenta la actividad económica privada frente a la actividad empresarial del Estado, *la extrema excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado*, y el carácter restrictivo que en consecuencia se le asigna a la actividad de interpretación jurídica de la regulación legal específica que autoriza la actividad empresarial del Estado en el caso concreto.

En consecuencia, al asumir esa específica configuración constitucional la referida garantía de emprendimiento particular, queda establecido su carácter de derecho Fundamental, el cual operaría dogmáticamente de la siguiente forma: naturalmente, y de acuerdo al paradigma clásico acerca d⁹⁵e la relación entre Derechos Fundamentales y actuación estatal, como límite al Estado-Administración y al Estado-legislador, en orden a no interferir la citada garantía individual “*mediante prohibiciones, respecto de lo cual carece de competencias ya que la Constitución no se las ha atribuido*”⁹⁶ y a no afectar su *contenido esencial* (artículo 19 N°26 de la Constitución) respecto a la regulación legal de su ejercicio.

También, y observando una interesante demostración dogmática de lo que se esbozó en algún lugar de esta obra, el autor en análisis deriva *un deber de actuación* que la Constitución le impone al estado, “*en orden a promover su ejercicio a fin de concretar efectivamente el bien común, que es su misión básica y*

⁹⁵ Vid. Supra., Introducción, *Metodología, paradigmas y comunicatividad de la sanción*, pp 15 y ss.

⁹⁶ Op. Cit, 36.

*exclusiva, por medio de estímulos y ayudas como exenciones, franquicias, subsidios, bonificaciones, etc...*⁹⁷

Dejando sentadas las bases jurídicas – y políticas- de su pensamiento, SOTO KLOSS comienza en esta parte la crítica al Derecho Administrativo Sancionador, comenzando el camino argumentativo cuyo objeto final es demostrar su inconstitucionalidad, digámoslo, de manera más bien fundamentalista que técnica.

En efecto, sostiene, que en los últimos 15 años de “gobierno concertado”, como le llama, el legislador y la Administración-ojo, léase bien, en esta crítica no cabe el Poder Judicial- han destruido la detallada más arriba “arquitectura constitucional”, mediante *el intervencionismo* estatal, minando de esa forma- “como un cáncer”, detalla- a los agentes económicos.

“Se ha destruido su savia (aquella del campo económico) como un cáncer, estatista y totalitario en potencia”⁹⁸, es lo que llega a señalar Eduardo Soto, en un arrebatado de real furia académica.

El legislador, culpable a partir de instrumentos normativos como las remisiones al Administrador y atribuciones de jurisdicción a la misma sobre los operadores económicos, pudiendo establecer conductas suyas como ilícitas, sancionándolas, transformando a dichos órganos administrativos en jueces, atribución exclusiva y excluyente del Poder Judicial por mandato del artículo 76 de la Constitución Política.

Y La administración, por exhibir un poder reglamentario “*que viene a legislar, excediendo muchísimas veces la ley que dice reglamentar*”, además de *permitirse* la mala costumbre de regular, mediante instrucciones y circulares a la actividad económica, “*legislando, sin ruborizarse siquiera, llegando a restringir y hasta paralizar la actividad la actividad económica privada (...), con lo que el*

⁹⁷ Ib. Idem.

⁹⁸ Op.Cit, 38.

*sistema tiende a lo que llamamos hace tiempo: “la concentración de poder administrativo en Chile”, parafraseando a la “La concentración del poder económico en Chile. Su teoría. La realidad chilena”, de Ricardo Lagos Escobar.*⁹⁹

Denuncia el autor en comentario como lo *más grave* de la situación antes descrita, el hecho de que sea la misma administración la que no sólo norme y fiscalice el cumplimiento de las disposiciones que ella misma produce, sino que además tenga la atribución de sancionar la conducta de particulares que ella misma estima contraria a las leyes y a las propias normas que las reglamentan, además de las respectivas normas administrativas interpretativas, muchas veces, sostiene, sin un *debido procedimiento propiamente tal*, determinando sanciones administrativas que resultarían una fuente de confiscación disfrazada.

En último término, el distinguido autor que se ha venido comentando, de modo curioso teniendo a la vista su excelente trayectoria jurídica, confunde jurisdicción con competencia, por un lado, y olvida también que *la función caracteriza al órgano y no el órgano a la función*, dos de los principios que fundan nuestro ordenamiento procesal orgánico, lo que se muestra en esta cita:

“Y no se olvide que para sancionar, el órgano administrativo ha debido juzgar, o sea emitir un juicio respecto del hecho, que lo califica ilícito (juicio de tipicidad), y de la culpabilidad del pretendido infractor (juicio de reprochabilidad), poderes jurídicos que la Constitución entrega sólo a los tribunales, así establecidos como tales, por la ley. (artículo 73 de la Constitución). Y tribunales, o sea con miembros permanentes, imparciales e independientes de las partes que contienden, y no un juez y parte en su propia causa.” (Es decir un miembro del Poder Judicial; los énfasis, las cursivas y paréntesis son nuestros.)

En efecto, entrando derechamente en el fondo de su tesis frente a la DAS, el autor se pregunta si es o no posible sostener la constitucionalidad de las potestades administrativas sancionadoras que la ley otorga a ciertos y determinados órganos de la Administración, partiendo de la base, incluso, de la

⁹⁹ Op cit, 40.

existencia de docenas de preceptos legales que establecen dichas atribuciones, y que se aplican a diario por funcionarios públicos.

Veremos, en seguida entonces, los argumentos que construye el autor en comento para sostener, contra toda evidencia, la inconstitucionalidad de la potestad administrativa del Derecho Administrativo Sancionador.

1.- En primer lugar, SOTO define la voz *sancionar* como castigo o imposición de una *pena*, imposición de una aflicción en el ser o en el tener del infractor, de quien se presupone la represión de una conducta con el objeto de imponer lo debido /lo justo frente a la vulneración de lo mandado o impuesto. “En otros términos, *sanción* es un mal que se impone al infractor de una orden o mandato preestablecido, y que es su castigo o pena.”¹⁰⁰

2.- En segundo lugar, sostiene que para imponer cualquier clase de sanción al infractor, debe realizarse ex – ante un *juicio* de reproche, juicio que debe ser racional para entenderse como *legítimamente humano*.

3.- El tercer requisito concadenado, entonces, para afirmar la racionalidad del juicio de reproche- y por tanto su humanidad- más la consecuente legitimidad de la imposición de la sanción, es el carácter *independiente e imparcial* de quien emite dicho juicio; independiente de las partes que litigan y con ausencia de algún interés actual respecto de ellas; es decir, sostiene SOTO, que se trate de un *juez*.

“En otros términos que reúnan las calidades, condiciones, requisitos o exigencias indispensables propias de un juez”¹⁰¹.

Esto, pues el autor interpreta el verbo sancionar como *resolver una contienda entre partes*, tarea que corresponde exclusivamente a un juez, desde el momento en que en la imposición de la sanción existe un litigio entre quien pretende imponerla y quien alega no haber cometido infracción alguna. Colige de esto, que no puede tratarse del mismo órgano quien sostenga que se ha vulnerado la ley, el

¹⁰⁰ Ib.Idem, 43.

¹⁰¹ Ib.Idem.

reglamento, la directiva, la circular o la instrucción, respecto de quien establece la sanción a dicho incumplimiento, puesto que- de suceder- se infringirían los requisitos de imparcialidad e independencia de quien debe emitir un juicio de reproche legítimo.

4.- En consecuencia, habiendo afirmado que *sancionar* significa, dogmáticamente, resolver *una contienda entre partes*, el camino argumentativo siguiente resulta obvio: de acuerdo al artículo 76 inciso 1° de la CP ol, *la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley*. Luego, sería atribución exclusiva de la judicatura la de conocer, resolver y ejecutar lo resuelto en contiendas entre partes, y sancionar sería una clase de ellas, por lo que esta conducta sería de exclusividad judicial; y no sólo atribución exclusiva, sino también excluyente, dado el tenor de la segunda oración del citado inciso del precepto constitucional.¹⁰²

De acuerdo a lo anterior, toda vez que el legislador ha atribuido potestades sancionadoras a alguna entidad administrativa, - que SOTO entiende como atribuciones para juzgar conductas-, dicho precepto legal delegatorio infringe la constitución y, paralelamente, atenta contra las garantías fundamentales de *juez natural* (artículo 19 N° 3 inciso 4°), puesto que un órgano administrativo no sería un juez permanente, independiente e imparcial, al que tiene derecho individual toda persona, sino que se trataría de una comisión especial (i), y del *debido proceso*¹⁰³ (que incluye, para SOTO, el derecho de defensa, el de contradictoriedad y la presunción de inocencia).

Huelga citar, nuevamente al autor en este punto, puesto que evidencia su punto de vista naturalista, en el contexto de lo que se ha venido analizando en el presente trabajo: "(...) estos derechos son naturales, intrínsecos de la naturaleza

¹⁰² *Ni el Presidente de la República, ni el Congreso Nacional, pueden en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

¹⁰³ Dice SOTO, de antecedentes bíblicos milenarios.

humana y, por lo tanto, de inexcusable respeto y acatamiento por parte de las autoridades públicas; son *ley natural*, aunque sean ateos o agnósticos o materialistas o relativistas se den maña para negarlas, no obstante se declaren partidarios de los *derechos humanos*, aunque sean incapaces de darles un fundamento firme, estable y permanente. La Constitución de 1980 no ha tenido remilgo alguno para aceptar la evidencia de que se trata de derechos *anteriores y superiores* al estado y que éste debe respetarlos siendo ellos *un límite infranqueable* al propio poder o atribuciones jurídicas que el Derecho otorgue a sus órganos.”¹⁰⁴

Dichas *garantías judiciales*, como las llama la Convención Americana de derechos Humanos serían también aplicables a las sanciones administrativas, toda vez que- utilizando un argumento *a contrario* que bien podría darse vuelta y ser esgrimido *a la letra*- dichas sanciones son igualmente penas, de acuerdo al artículo 20 del Código Penal que, al establecer que *no se reputan o consideran penas*, reconocería el legislador “explícita y formalmente” que *son penas*.

En síntesis, este autor interpreta dogmáticamente la atribución de facultades sancionadoras a órganos administrativos como facultades jurisdiccionales, lo que a la luz del precepto del artículo 76 de la CPol sería inconstitucional.

Olvida, eso sí, para finalizar el examen de su doctrina, que incluso aceptando la sinonimia entre *sancionar y juzgar*, lo que exige el precepto constitucional aludido nos la unicidad de los tribunales de justicia para ejercer jurisdicción- entendidos en su sentido no técnico, esto es, el Poder Judicial-, sino que, si leemos bien, exige exclusivamente que sólo sea la ley quien establezca dicha función, con anterioridad al evento que se somete a conocimiento. De lo contrario, el Tribunal de la Libre Competencia, por ejemplo, órgano administrativo, estaría impedido de sancionar y juzgar, puesto que todo su diseño institucional vendría siendo inconstitucional.

¹⁰⁴ Op. Cit 47.

Concluye SOTO: “Después de este recorrido, ¿cabe sostener, aun, la adecuación a la Constitución de un régimen de sanciones administrativas en nuestro derecho vigente? ¿Cabe aceptar a fardo cerrado que porque existe esta práctica, y es ella muy extendida, debe aceptarse como un mal menor¹⁰⁵? ¿Cabe en nuestro régimen republicano aceptar violaciones tan ostensibles de los derechos de las personas y de la propia Constitución, que son la base de todo el ordenamiento y fundamento de la convivencia social?¹⁰⁶”

III.1.2 La mirada de Enrique Alcalde Rodríguez¹⁰⁷.

Este connotado autor niega la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración, ya negándole derechamente su constitucionalidad o ya, como lo hemos visto a lo largo de este capítulo, adjuntando dichas potestades a una especie de apéndice incómodo del Derecho penal, reclamando, por tanto, la aplicación irrestricta de sus garantías. Doctrina enmarcada en la estructura de pensamiento escolástico, propia de escuelas de formación jurídica tomistas y de acento eminentemente católico.

En unas de sus conferencias más expresivas¹⁰⁸, implícitamente trata de una manera notable el fenómeno que nos ha convocado para su análisis en los últimos párrafos de esta obra: la intervención del Derecho mediante la regulación en la llamada sociedad de los riesgos, con el objeto de minimizarlos hasta lo socialmente óptimo.

¹⁰⁵ Para el autor que se viene comentando, el *mal menor* es “no discutirlos; seguir igual pero tratándose de aplicarles todos los principios del derecho penal, como si ello fuera a ser realmente aplicado por la Administración y sus funcionarios.”

¹⁰⁶ Ib. Idem, 49.

¹⁰⁷ Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁰⁸ Titulada “*Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la Administración*”. Esta conferencia fue dictada en el marco de una serie de jornadas de análisis de la temática general, llamada *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Universidad Santo Tomás, Noviembre de 2005.

En efecto, el citado autor muestra su preocupación al respecto, básicamente por la aparición de dos vertientes de intervención del sistema jurídico al respecto, uno en el ámbito jurídico-penal, otra en el administrativo: la anticipación de la Tutela penal¹⁰⁹, y la hipertrofia de regulación administrativo-sancionatoria.

Notable acercamiento a la estructura del problema, puesto que el autor en comentario explica dichas técnicas en virtud de la transformación de una sociedad de libertades clásicas a una de riesgo, donde cada individuo asume una posición de garante y compromete su responsabilidad por la omisión en la expectativa que del ejercicio de su rol la sociedad toda contempla.

Sin embargo, para nuestro pesar, a cambio de proseguir el análisis en términos dogmáticos, conceptualmente más finos, inmediatamente la formación político-valórica del connotado profesor vincula la intervención del Derecho en la sociedad del riesgo a “una consecuencia natural que habrá de seguirse de la concepción de un “estado de bienestar” que, bajo la utópica promesa de garantizar una seguridad sin límites, induce a los ciudadanos a abandonarse a una cómoda pasividad, limitándose a reclamar el subsidio o subvención que contribuya a mantenerlos en su inercia”.¹¹⁰

Dejando de un lado la discusión acerca de la anticipación en la tutela jurídico-penal, crítica que escapa a esta obra, nos concentraremos enseguida en visualizar la correlación que existe en el pensamiento escolástico-administrativo, por así decirlo (doctrina mayoritaria en Chile, hay que reconocerlo) entre la crítica a la sociedad de los riesgos y la vinculación de ella con los miedos a un intervencionismo excesivo en el seno del Derecho Administrativo Sancionador,

¹⁰⁹ Ésta, mediante la utilización de las siguientes técnicas dogmáticas jurídico-penales: la supresión de todo elemento subjetivo en el tipo, o la igualación entre dolo y culpa; la introducción de elementos normativos, “con la consiguiente restricción sustancial de las hipótesis de error de prohibición y su reducción sólo a los casos de error de tipo”; la proliferación de leyes penales en blanco; la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas; la aparición de múltiples figuras de delitos de peligro abstracto y el establecimiento de presunciones de responsabilidad penal.

¹¹⁰ Op. Cit, 64.

miedo que, creemos, inhabilita a realizar un trabajo dogmático plausible, en términos técnicos, que permita redefinir la legitimidad y la función sistémica que le cabe a dicha importante potestad del Estado.

En efecto, si bien diagnostican bien el problema fenoménico, el traumático acercamiento que los autores experimentan con la intervención del Estado, logra que ni siquiera visualicen las grandes diferencias analíticas que existen entre la sanción administrativa y la pena, las que, creemos, han sido evidenciadas, aunque sea solo en parte, a lo largo de nuestro trabajo.

Y ALCALDE no escapa a esta tendencia, puesto que confunde en su obra los métodos dogmáticos de acercamiento al problema de la anticipación de la tutela penal, con los referentes al fenómeno de la hipertrofia de regulación represivo-administrativa.

Considera que la pérdida del concepto clásico de *bien jurídico-penalmente protegido*, de HASSEMER¹¹¹, ha determinado el nacimiento de concepciones colectivistas o *supraindividuales* del mismo, adviniendo al llamado *Derecho Penal del peligro*, a través de expedientes que violentan los principios clásicos del galantismo jurídico-penal.

“De esta manera”, sostiene, (...)” puede ocurrir que aduciendo la necesidad de anticipar la tutela penal, se quiera pavimentar una verdadera avenida para que transiten por ella, sin ningún tipo de limitaciones ni ataduras, quienes se dicen portadores del interés superior de la comunidad, concepto éste que las más de las veces viene a ser simplemente el estandarte con el cual se enarbola la promoción de una determinada ideología política.”

En este contexto, el problema analítico que se presenta es la transferencia no ya siquiera de los principios de legitimación del Derecho Penal al sistema represivo de la Administración, que se acepta por analogía¹¹², sino que también de

¹¹¹ Se trata de una visión *personalista* del concepto de bien jurídico.

¹¹² Toda vez que se reconocen vacíos aún en relación a la construcción de los principios de legitimación propiamente jurídico-administrativos y, como se sabe de acuerdo a la teoría general del Derecho, en frente de lagunas jurídicas debe aplicarse por analogía los principios de la rama

los presupuestos teóricos que definen el problema, cosa que parece ya sin duda desproporcionado.

Lo anterior, toda vez que se confunden los criterios de selección de los efectos que definen uno y otro campo jurídico: se afirma, por ejemplo, que para ambos tipos de presupuestos de legitimación, le creación de bienes jurídicos indeterminados o imprecisos atenta contra la clara prefiguración de los derechos individuales de las personas, o que el mismo concepto de orden público se utiliza no para defenderlos sino para crearles cortapisas y obstáculos en su libertad de iniciativa.¹¹³ Afirma, del mismo modo coherente a su crítica general, la negación de diferencias cualitativas entre sanción penal y administrativa, sustentando su afirmación en la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, de acuerdo a la cual *tanto el orden penal como el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones del mismo ius puniendi estatal, por lo cual los principios que se aplican al primero deben ser también aplicados al segundo.*

Agrega también un mandato de congruencia e unidad del sistema jurídico, teniendo presente sus presupuestos teóricos que unifican ambos tipos de sanciones, para finalizar sosteniendo, en relación a la aplicación irrestricta de principio jurídico-penal del *non-bis-in-idem* a la materia administrativa que, dado que ambos tipos de sanciones poseen la misma naturaleza jurídica, en virtud de los imperativos de seguridad jurídica y proporcionalidad, debe impedirse el doble juzgamiento que pueda realizar el Estado bajo el pretexto de ser diversos los órganos a los cuales se atribuye competencia en tal sentido.

Lamentablemente, para pesar de esta doctrina, debemos finalizar su estudio con una cita del autor en comentario que, más que evidenciar su real preocupación

del Derecho cuya naturaleza jurídica se acerque de mejor manera a la órbita normativamente deficitaria.

¹¹³ Se dijo a este respecto: *“el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales”*. Feliú S., Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopólicos*, Revista Actualidad Jurídica, facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N°1, Enero 2000, 83.

por los derechos de las personas, dando sustento dogmático a los argumentos vertidos en su crítica general, pone a la luz, una vez más, su posición demasiado ideologizada contra el Estado, aun cuando sea ese mismo argumento contra-político la excusa que utiliza para configurarlo:

“En este sentido, la posición que criticamos exhibe una marcada tendencia a esgrimir en su defensa un aparente compromiso con la tutela de bienes cuyo contenido suele ser manifiestamente indeterminado e impreciso- o muchas veces derechamente carente de todo contenido como sea su enunciación ampulosa- y que a menudo ocultan una encendida nostalgia por las doctrinas mesiánicas que se idolatrarón durante buena parte del siglo pasado”¹¹⁴

III.1.3 La interpretación que entrega Aguerrea Mella acerca del estatuto constitucional de las sanciones administrativas.¹¹⁵

AGUERREA MELLA considera, en su trabajo *El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los Antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*¹¹⁶ que el estado de la cuestión en Chile, acerca del estatuto constitucional de las sanciones administrativas, en términos doctrinarios- y, pero en menor medida, también judiciales- se encuentra en un estado arcaico y prebeccariano. Situación grave, a su entender, puesto que se estaría produciendo en Chile una hiper-actividad legisladora en materias sancionatorias administrativas, basando el legislador su preferencia normativa a ese respecto no de acuerdo a elaboradas teorías de política criminal, sino que derechamente en los reparos y la incomodidad que le generarían las sofisticadas técnicas que el derecho penal ha elaborado respecto de la imposición de sanciones, considerándolas *un obstáculo* que impediría un castigo rápido y sumario, no obstante reconocer, de otro lado, “la escasa

¹¹⁴ Op. Cit, 67.

¹¹⁵ Pedro AGUERREA MELLA es profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás.

¹¹⁶ “*Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: Regulación y Nuevo Intervencionismo*”, Conferencias Santo Tomás de Aquino, ed. Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, 2005.

sensibilidad constitucional existente a ese respecto. Se debe reconocer que el ethos constitucional en el cual nos desenvolvemos no contempla entre sus componentes la aplicación al ámbito administrativo sancionatorio de la garantías constitucionales reconocidas por el ordenamiento a favor de las personas”¹¹⁷

En consecuencia, se presenta, primero, al lector la interpretación- a lo menos contradictoria en sus bases, teniendo presente lo descrito en el párrafo de arriba- que el autor en comento realiza acerca de la lectura constitucional estatutaria de las sanciones administrativas en el seno de los constituyentes del 1980 para después, una vez claras las inconsistencias, polemizarla, con el objeto de demostrar su incorrección a las luz de los métodos hermenéuticos institucionales con los que contamos, en el lugar que corresponde dentro de esta obra.¹¹⁸

El objeto del texto del profesor en análisis es sostener una negación de la doctrina constitucional chilena que podría llamarse clásica¹¹⁹, que afirma que los numerales 1 a 5 del artículo 19 N°3 de la CPol- ga rantía relativa a la igualdad en el ejercicio de los derechos- se extienden también a las sanciones administrativas, pero no así los numerales 7 y 8, que serían de exclusividad sustantiva penal.

En efecto, el artículo 19 N°3 inciso 7° de la Constitución dispone que:

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

En tanto que su inciso 8° señala que

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

¹¹⁷ Op. Cit. 56.

¹¹⁸ Vid Infra. Pág. 132 y ss., capítulo IV.1.1.

¹¹⁹ Básicamente aquella que sostuvo Eugenio EVANS DE LA CUADRA, op. cit , página 32.

Se tienen a la vista, como antecedentes inmediatos del precepto constitucional que se analiza, por un lado, el artículo 11 de la CPol de 1925, relativo a la misma materia, que disponía:

“Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”.

Y por otro, el artículo 11 N° 3 del Acta Constitucional N° 3, antecedente realmente inmediato del actual artículo 19 N° 3, que señalaba, de manera más limitada aún:

“En las causas criminales ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva favorezca al afectado.”

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante, “la Comisión”) se refirió al tema de la legalidad e irretroactividad de la pena especialmente en las sesiones 100, 103, 112 y 113.

Tal y como lo describe AGUERREA MELLA, se distribuyeron 2 bandos entre los comisionados, uno más numeroso que el otro, en relación a la resolución del conflicto relativo a la reproducción normativa o no del antecedente constitucional inmediato, aquél de la Constitución Política del año 1925, ya citado, que, sin dudas, como lo interpretaba la doctrina constitucional y administrativa mayoritaria, consagraba la legalidad e irretroactividad de la pena en términos amplios, es decir aplicable al ámbito administrativo sancionador.

De un lado, se encontraban los comisionados que proponen mantener la extensión garantista al Derecho Administrativo, tal y como aconteciera con la redacción constitucional del año 1925.

En efecto, en la sesión número 100 y 103 de la Comisión, los comisionados señores ORTÚZAR, VALLE Y SILVA, en redacción de éste último, formularon la siguiente propuesta normativa al respecto, con una consecuente modificación,

ambas en orden a dejar establecido en la Carta Fundamental, con claridad, la aplicación irrestricta de los principios de legalidad e irretroactividad de la pena al ámbito administrativo.

(Primera). "Nadie puede ser condenado si nos es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae juicio".

(Modificada). "Nadie puede ser juzgado sino en virtud de ley promulgada antes del hecho a que se refiere el juicio y de previo procedimiento que permita el oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere".

Como se observa, la propuesta de los citados comisionados iba claramente en función de adecuar los presupuestos de legitimación propios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, de manera de transferir los principios garantistas básicos de aquél a éste, sin restricciones, en especial la estructura de éstos: el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

La asunción de esta tesis, como se ha tratado a lo largo de este trabajo, y como se argumentará sistemáticamente en el capítulo final de la obra, significa proponer la negación de la potestad sancionadora de la Administración-aunque de manera moderada-, y de sostener el carácter adjetivo de ésta en relación al edificio conceptual que constituye el Derecho Penal.

En la misma sesión, el otro bando, minoritario eso sí, compuesto únicamente por el Comisionado EVANS DE LA CUADRA, presentó su propia indicación al precepto constitucional, sobre la base de la propuesta del Sr. Silva, que establecía, en o que nos interesa, que

"En las causas criminales la sentencia deberá, además, fundarse en ley promulgada antes del hecho que originó el proceso".¹²⁰

¹²⁰ Sostenía el señor Evans que el artículo 11 de la Constitución Política de 1925 sobre legalidad e irretroactividad de la ley se refería exclusivamente al ámbito penal. Y esto por varios argumentos, que no es del caso sacar a la luz, pero en todo caso, entonces, sostenía ser consistente con la regulación anterior y establecer un nuevo precepto constitucional que fuera en esa línea.

En este sentido, resume AGUERREA MELLA:

“De esta manera, quedó establecida la diferencia entre los textos presentados, la cual consistía en que mientras el Sr. Silva extendía el principio de legalidad e irretroactividad de la ley tanto al orden civil (esto es, el no penal, en sentido amplio) como al penal, el Sr. Evans rechazaba expresamente tal interpretación.”¹²¹

Tenemos, entonces, tal y como afirma nuestro objeto de análisis, que en este delicado y central punto de la cuestión, a saber, la (in) aplicación del vigente en ese entonces artículo de la Constitución Política, a todo tipo de condena, sea penal o civil, entendida esta última como incluida en cualquier rama del derecho menos la penal, no hubo acuerdo en la Comisión, toda vez que sus integrantes sostuvieron tesis contrapuestas y, además, se dejó la solución del problema expresamente pendiente para cuando se tratara el tema del derecho de propiedad, aspecto en el cual incidía, según lo entendieron los miembros de la comisión en la página 23 de las Actas correspondientes a la sesión número 103, de fecha 9 de Enero de 1975.¹²²

Sostuvo el Sr. Silva:

“El principio de que nadie puede ser juzgado ni condenado por una ley que sea promulgada después del hecho, es una norma que no sólo recae en las causas que tengan carácter criminal y, por tanto, de la jurisdicción ordinaria penal sino que es un tipo de precepto que se refiere al carácter sancionatorio, es decir, a la calidad de castigo, cualquiera que sea su configuración, que importe la privación en alguna forma de los derechos de la persona como sanción por la infracción de la ley, debe aplicarse la misma norma. Entonces al limitarlo tan explícitamente al aspecto “causas criminales”, estima que opera una restricción que en lugar de constituir un progreso es un debilitamiento de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la exigencia

¹²¹ Op. Cit., 59.

¹²² Cayendo la Comisión, como lo experimentaría en innumerables ocasiones a lo largo de su trabajo, en lo que algunos autores llaman el influjo dogmático diabólico del Derecho de propiedad, fenómeno fóbico que los referidos honorables comisionados sufrieron traumáticamente, tras vivir la experiencia de la Reforma Agraria, en el gobierno de FREI MONTALVA, y posteriormente también con el proceso de expropiaciones del gobierno de ALLENDE.

*terriblemente importante de que nadie debe ser sancionado por una ley que sea promulgada después de los hechos por los cuales se le está aplicando la norma”.*¹²³,

EVANS DE LA CUADRA, en la misma sesión, por otro lado, sostenía:

“Esta materia había sido tratada previamente, y recuerdo que se acordó no tratar el problema porque se estimó que estaba íntimamente vinculado con todo el estatuto del derecho de propiedad, de manera que se dejó esta materia para tratarla con posterioridad, reduciendo el ámbito de la irretroactividad y legalidad de la ley penal exclusivamente a materia penal, zanjando así una cuestión que se había presentado con respecto al artículo 11 de la Constitución, que como muy bien recordó el Sr. Silva ha dado margen para que algunos estimen que abarca también el ámbito de la legislación civil. Por eso se le dio una redacción restrictiva a las causas criminales”.

En síntesis, entonces, y con el propósito de ir avanzando en el trabajo de la Comisión, se propuso dar por aprobada la disposición en lo que se refiere a las causas criminales, pero dejando abierta la discusión para complementarla y corregirla más tarde, aprobando la redacción inicial de la mesa sobre la base de la proposición del señor EVANS:

En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Finalmente, no obstante- y de manera curiosa-, el Sr. EVANS ceder, en la comisión N°116 en algunos términos su postura, se acordó considerar la situación de todas las leyes sancionatorias y no sólo las de orden criminal para próximas sesiones, asociadas a la regulación del derecho de propiedad y en todo caso quedó aprobada la redacción ya citada dos veces, en virtud de la cual quedó exclusivamente en el ámbito penal el radio de acción del principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

Curiosamente, dicha postergada discusión nunca llegó a realizarse, quedando redactada la propuesta constitucional en los mismos términos que originariamente

¹²³ Página 6, sesión número 113 de las Actas de Estudio de la Nueva Constitución.

propuso el Sr. EVANS, es decir, restringiendo el ámbito de acción normativa del principio de legalidad exclusivamente al Derecho Penal.

Consecuentemente con ello, la redacción final del artículo 19 N°3 inciso 7° y 8° de la definitiva Constitución de la República, consagró la propuesta de los comisionados, incluso, pudiera sostenerse, en base a un olvido inconsciente el cual determinó que lograra imponerse la tesis restrictiva del Sr. EVANS DE LA CUADRA, tesis que debe respetarse, de acuerdo a las reglas institucionales vigentes de interpretación consagrados en los artículos 19 a 24 del Código Civil, como veremos enseguida, toda vez que dicho precepto vigente habla de delitos y penas, en clara alusión a la propuesta definitiva de los comisionados, ya transcrita.

De hecho, años más tarde reafirmará lo anterior el mismo autor, indicando que el parecer de los comisionados fue la aplicación de las garantías penales al ámbito sancionatorio, y aun cuando en definitiva no se plasmó en el texto constitucional, ello nos da indicios del parecer del Constituyente de hacer extensivas las reglas del justo y racional procedimiento a todo órgano que ejerza jurisdicción¹²⁴.

¹²⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Jurídica, Santiago 1999 “*Todo el contenido de los tres últimos incisos del N°3 que estamos relatando fue estudiado, en especial en la sesión 113 de 10 de abril de 1975, de la CENC. Es conveniente advertir que allí se planteó por los señores Ortúzar, Silva y Evans, que los principios que están en los tres incisos que veremos debían aplicarse no solo a las sanciones penales sino a toda sanción de otra naturaleza aplicada por los Tribunales o la Administración. Si bien esta tesis no se concretó en los preceptos finales que veremos, ella confirma la tesis del Constituyente de exigir el sometimiento del órgano que ejerce, permanente o accidentalmente jurisdicción, a las reglas de un racional y justo procedimiento*”. Pues bien a nuestro parecer hay que distinguir dos materias diversas. Por una parte, de la redacción del inciso quinto del numeral 3 del artículo 19 se infiere que la garantía de racional y justo procedimiento se aplica, como expresamente se señala a *toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción*, lo cual es plenamente aplicable entonces a procedimientos sancionadores sustanciados por órganos administrativos, esta es la intención del Constituyente como se puede observar de lo señalado por GUZMAN dentro de la discusión contenida en el Acta Oficial sesión 100 p.25 (Al respecto indica que la aplicación de la igualdad ante la ley *puede ser de naturaleza jurisdiccional pero no sólo referida a la jurisdicción que ejercen los tribunales que integran el Poder Judicial, sino también jurisdicción que ejercen entidades de la Administración Pública...*). Muy distinta es la situación respecto de la aplicación de los principios establecidos en los últimos tres incisos de este articulado, ya que no obstante el hecho de haberse discutido, y si fue el caso, aprobado por la Comisión, lo cierto es que finalmente la doctrina relativa a hacer extensiva su aplicación no se consagró a nivel constitucional, lo cual da pie a sostener que sólo rigen dentro del ámbito penal por expreso mandato Constitucional. Para sostener esta afirmación cabe citar el ejemplo que el mismo EVANS DE LA CUADRA menciona respecto de la redacción del

No obstante ello, y contraviniendo esta línea de pensamiento lógico, AGUERREA MELLA concluye su trabajo interpretativo de las Actas en el sentido inverso, esto es, dando prioridad institucional al *espíritu* de los comisionados, no plasmado más que en sus discusiones pero en ninguna propuesta formal- antes que a su lineamiento normativo definitiva y oficialmente aprobado- además que consecuentemente consagrado en la futura Constitución.

En efecto, concluyó:

“De los antecedentes expuestos, se desprende en forma evidente que el enfoque de los comisionados acerca de las sanciones era amplio y que las garantías que habitualmente se han establecido respecto de índole penal, las entendían aplicables a todos los otros tipos de sanción, con especial referencia a las que puede imponer la Administración del Estado, como revelan las intervenciones de los Señores Ortúzar y Evans.

La circunstancia de haberse postergada la discusión específica del asunto para una etapa posterior- lo que en definitiva nunca se concretó- no puede hacernos pasar por alto lo que con tanta claridad se expresa en las Actas referidas”¹²⁵

III.2. Doctrina chilena acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

En capítulos anteriores se ha ido desarrollando la noción tendiente a configurar los motivos y razonamientos en base de los cuales es posible sustentar la necesidad de distinguir los matices que los principios penales deben observar al entrar a regir en materia de sanciones administrativas, como marco supletorio

inciso octavo del numeral en cuestión; donde, si bien, dentro del Informe de la Comisión de Estudio se establecía que la conducta debería estar *expresa y completamente* descrita en la ley, finalmente el texto de la norma suprimió la palabra *completa*, supresión que carece de historia fidedigna, pero que redundando en que dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico no esté prescrita por mandato constitucional el establecimiento de las llamadas leyes penales en blanco. Lo mismo se aplica pues respecto de la extensión de los principios. (EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *op. cit* pag 150 y 159, sobre el mismo tema trata CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II pag 167 y ss)

¹²⁵ Op. Cit, 74.

ante la ausencia de un esquema normativo propio¹²⁶. Al no existir sustento legal ni constitucional que justifique la transposición de los institutos del Derecho Penal al estrato de las contravenciones, se debe asumir que tal operación es una labor eminentemente jurisprudencial.

Corresponde ahora abordar el acercamiento doctrinario respecto del singular contenido que presenta el principio de legalidad en materia administrativo-represora, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad en sentido amplio es la necesaria y constitucional correlación que debe existir entre función de un órgano estatal y presupuesto legislativo anterior que la regule y fundamente. En sentido estricto, y para lo que aquí interesa, es aquel postulado de fundamento garantístico en base al cual se busca limitar el poder de la autoridad sobre los ciudadanos, estableciendo de manera categórica la imposibilidad de imponer sanciones o, de modo más general, afectaciones estatales de derechos de las personas, sin un presupuesto normativo anterior contenido en una ley que las establezca, de manera de hacerlas visibles y previsibles. De este modo, se encausan las facultades y potestades de los órganos del Estado a la observancia de la ley, evitando la arbitrariedad e intempestividad de su actuar. Constituye un pilar de todo actuar estatal, y se vuelve más estricto en la medida que estén en juego garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico a los particulares, pero ha de reconocer sus limitaciones en aquellas materias que por sus especiales características imponen una regulación técnica y dinámica.

Nuestra jurisprudencia ha establecido la sujeción del Derecho Administrativo Sancionador al Principio de Legalidad desde tres puntos de vista: I) Legalidad Administrativa, II) Legalidad en Materia Económica, y III) Legalidad Penal. Esta triple fuente, viene en el primer punto derivada de la pertenencia de aquellos entes encargados de ejercer la potestad sancionadora a los órganos de la Administración del Estado; en segundo término fluye de la materia sobre la que

¹²⁶ *Vid Supra* Capítulo I, *El panorama del Derecho Administrativo Sancionador*.

recae dicha potestad. Y, por último, deriva también del contenido penal; su inclusión no es pacífica dado que emana del hecho que en el camino hacia la configuración del Derecho Administrativo Sancionador como una disciplina autónoma, este se ha nutrido de manera significativa de los principios del Derecho Penal y es por ello que si bien rige como marco supletorio y guía, debe adaptarse a las peculiaridades propias de la rama a fin de dotarla de una sustancia acorde con sus fines.

III.2.1 Principio de legalidad en materia administrativa.

El principio de legalidad en materia administrativa se encuentra consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución¹²⁷, estableciendo que toda actividad que ejerzan los órganos de la Administración del Estado debe de sujetarse a las directivas definidas en la Carta Fundamental y la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de de éstas¹²⁸.

De este modo, toda función que ejerza un órgano de la Administración del Estado, entre las cuales se encuentra la potestad sancionadora, deberá estar atribuida por una norma de rango legal, y el despliegue de esta facultad deberá de enmarcarse dentro del respeto de la Constitución y las leyes so pena de

¹²⁷ **Art. 6.** *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley.*

Art. 7. *Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

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.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

¹²⁸ Considerando cuarto, STC rol 480 de 27 de Julio de 2006..

declararse nulo, generando las responsabilidades y sanciones que la ley determine. Este el alcance del principio en materia administrativa, y rige plenamente respecto del Derecho Administrativo Sancionador¹²⁹.

Este punto es especialmente importante en razón a que la habilitación legal y la amplitud de las potestades entregadas a los entes encargados de la fiscalización y sanción de las conductas contravencionales a la regulación aplicable en la especie, es el parámetro primario a fin de entrar en el análisis del respeto al principio de legalidad en su manifestación económica o sancionatoria. No cabe a este respecto una matización o suficiente cobertura legal del precepto atributivo de competencia, como sucede en lo respectivo a tipificación de sanciones como se verá más adelante.

Lo explicación de esta idea se puede facilitar tomando como ejemplo las leyes que encuadran el campo de acción de las Superintendencias. La fórmula utilizada es la de entregar la función de aplicar sanciones a los administrados sujetos a su fiscalización o supervisión en caso de infracción de leyes, reglamentos y otras normas que las rijan, como por el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que estas impartan ala efecto¹³⁰. Será esta definición sobre la cual podrá luego entenderse que la infracción a un reglamento puede dar lugar a una sanción bajo ciertos parámetros de legalidad mínimos.

¹²⁹ La aplicación del principio de legalidad en sus cariz administrativo a sido consagrado por el Tribunal Constitucional al indicar que **“Los artículos impugnados, como todos los que regulan la actividad sancionadora de la Administración, están sujetos al principio de legalidad; desde luego, en virtud de los preceptos básicos contenidos en el capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6 y 7 que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7º de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la Ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de sus competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que le que le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”** Considerando cuarto STC 480.

¹³⁰ A modo de ejemplo: DL. 3.500 artículo 94 N° 8 respecto a Superintendencia de A.F.P., artículo 15 ley 18.410 respecto a Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

III.2.2 Principio de legalidad económica.

El paradigma del Estado Social del Derecho, traslada a la iniciativa privada y al juego de la oferta y la demanda el desarrollo de la actividad económica, reenfocando el rol del Estado al de garante del respeto de las normas que deben observarse para el desarrollo de esas actividades dentro de un marco de libre competencia, como así de promoción del bien común general y fomento de los derechos que individualmente considerados corresponden a todos los individuos que conforman la sociedad y se ven involucrados en el proceso productivo¹³¹.

A partir de esta nueva matriz económica, recogida en Nuestra Constitución en base al artículo 19 número 21¹³², es que surge la necesidad de dotar al Ejecutivo de potestades fiscalizadoras y sancionatorias que le permitan velar por el cumplimiento de la normativa regulatoria que entra a regir el despliegue de la actividad económica. La regulación se extiende a materias tales como el ámbito laboral y tributario, como también a esferas más específicas y tecnificadas como la eléctrica, telecomunicaciones, sanitaria, entre otras.

Al ser el Derecho Administrativo Sancionador la rama jurídica encargada de dar un sustrato propio a todo cuanto diga relación con la conceptualización de infracciones administrativas y la interposición de las sanciones correlativas, y constituyendo la regulación de actividades económicas su campo de acción más prolífico, se ha concluido por el Tribunal Constitucional que:

¹³¹ CAMACHO CEPEDA GLADYS, *Op. Cit.* Pág. 10 “el repliegue producido en la actividad empresarial del Estado como agente productor de bienes y servicios ha conllevado a que la misión del Estado...se reenfoque a un rol de garantía para los usuarios...Ello se traduce en que la misión del Estado Contemporáneo es el aseguramiento de las reglas del juego, tanto en lo social como en lo económico, todo lo cual acentúa fuertemente su función reguladora”.

¹³² **Artículo 19:** la Constitución asegura a todas las personas:

21º El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

“La aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en los artículos 19 N° 21 en relación al 19 N° 26 y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental”¹³³.

Esta afirmación tiene como sustento la premisa de que:

“si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de regular puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60 (actual 63), N°2, que establece: “Sólo son materias de ley: las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, estas atribuciones están encargadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la “regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer como deben realizarse las actividades económicas y a que reglas deben someterse”¹³⁴.

Si bien, esta es la opinión mayoritaria dentro de la doctrina nacional, excluyéndose la posibilidad de que la autoridad administrativa entre en establecer normas limitadoras al ejercicio de la libre iniciativa económica, RUIZ-TAGLE VIAL ha planteado que:

“ Por el contexto de la disposición y la correcta interpretación de la misma parece que debe ser entendida como legislación en sentido amplio, es decir como comprendiendo leyes ordinarias comunes y especiales, reglamentos, decretos de todo tipo, incluyendo simples decretos, decretos supremos, decretos leyes y decretos con fuerza de ley y por supuesto leyes orgánicas, leyes de quórum calificado, normas emanadas de entes autónomos y los reglamentos de ejecución de las leyes, etc. En caso contrario sería difícil concebir de un punto de vista dogmático sistemático esa disposición porque sería una especie de patente para que las personas pudiesen alegar incumplimiento

¹³³ STC 480/2006, Considerando octavo. El considerando noveno señala que : “las normas que regulan el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, deben hacerse respetando las normas legales que la regulen. En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita.”

¹³⁴ STC 146/1992, Considerando once.

*de todas las normas legales que no quedasen comprendidas en la categoría restrictiva de ley en sentido estricto*¹³⁵.”

En este mismo sentido, de interpretar la reserva legal como reserva relativa se pronuncia FERNANDOIS, aún cuando impone estrictas condiciones a la posibilidad de entrar a regular ciertos derechos por la vía reglamentaria de ejecución de la ley¹³⁶.

Esta posición ha sido la adoptada por el Tribunal Constitucional, dando una interpretación más armónica al principio de legalidad en materia de sanciones administrativas. Esto ha operado sobre el fundamento de adscribir a la tesis de la reserva legal en materia de limitaciones al ejercicio de la libertad económica, admitiendo colaboración reglamentaria a partir de la definición del núcleo esencial de la conducta en la norma de rango legal¹³⁷.

¹³⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, Revista de Derecho Público, Volumen 62, Pág. 51.

¹³⁶FERNANDOIS V. Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, Pág. 163. *“La ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como ajustar a regla o someter a reglamentación; pero la esencia de la ejecución-que la separa de la regulación consiste en que esta norma ejecutora no podrá imponer jamás parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosas o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley. He ahí la esencia de la potestad reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inocuo, ilegítimo o inconstitucional.”*

¹³⁷ El fundamento indicado es el mismo utilizado para fundar la colaboración reglamentaria respecto de la aplicación de la legalidad penal a sanciones administrativas, tratando ambos casos de reserva de ley de igual forma, por ello nos remitimos a lo que se expondrá más adelante respecto de este tipo de legalidad específica y su trato en la STC 480/2006, considerando décimo tercero que precisando *“Que afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia...”*. Y considerando décimo octavo, *“Que en consecuencia, ha de concluirse que el principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución...”*

III.2.3 Principio de legalidad penal

En la esfera Penal el principio de legalidad tiene el mismo fin de garantía frente a la arbitrariedad estatal, y ha sido consagrado en los dos incisos finales del artículo 19 N°3 de nuestra Constitución Política al señalar 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”. y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”;

De esta forma nuestro ordenamiento viene en consagrar la regla forjada por FEUERBACH de *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia y certa*¹³⁸, que rige casi en la totalidad de los ordenamientos punitivos.

La Constitución consagra, en primer termino la irretroactividad de la ley penal, la llamada garantía de *Lege previa* con la cual se pretende dar una seguridad jurídica considerada imprescindible para el ciudadano, permitiéndole saber a que atenerse, no pudiendo ser sancionado por una conducta que de antemano no estuviese calificada de reprochable, no estándole permitido a la autoridad imponer sanciones concretas al margen de la ley.

Asimismo se consagra la garantía de *lege certa o stricta* en el sentido de que la conducta que da origen a la sanción debe estar definida con un grado de precisión tal que no de lugar a la discrecionalidad del operador que la aplica haciéndola extensiva a casos no estipulados en la norma. Con esta formulación se rechaza la analogía como también las llamadas cláusulas generales¹³⁹.

¹³⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan *Obras Completas, Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Área Editores 2006, Pág. 566

¹³⁹ BUTOS RAMIREZ, Juan, *Op. cit.* Pág. 567.

Estas dos garantías de *lege certa* y *lege previa* vienen en configurar el mandato de tipificación o tipicidad de las sanciones e infracciones¹⁴⁰.

Por último la Constitución viene a consagrar en materia penal la garantía de *lege scripta* o reserva de ley, en virtud de la cual solo puede ser fuente del derecho penal una ley propiamente tal, esto es aquella que se ha formulado con sujeción a las normas constitucionales sobre la materia¹⁴¹.

CURY a definido el principio penal de reserva o legalidad como aquel *con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido*¹⁴².

En atención a lo expuesto, del principio de legalidad penal podemos escindir como elementos constituyentes: i) el *mandato de tipificación o tipicidad*, que implica que la conducta que se entiende antijurídica y merecedora de sanción, como su pena correlativa, debe estar definida de manera precisa en una norma de data anterior a la comisión del hecho imputado. ii) la *reserva legal*, que supone que el rango de la norma que viene en definir la conducta como así la sanción debe ser, al menos, el de una ley ordinaria.

III.2.4 Principio de legalidad y su concreción como principio de Derecho Administrativo Sancionador.

El cuestionamiento acerca del traslado de las garantías y principios constitucionales de sustancia penal al terreno de las infracciones administrativas tiene al principio de legalidad como su pieza fundamental. Toda esta construcción

¹⁴⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro *Op. cit* Pág. 200

¹⁴¹ JAKOBS, Gunther en CURY URZUA, Enrique, Pág. 169. En el mismo sentido BUSTOS RAMIREZ, Juan *Op. Cit*. Pág. 567.

¹⁴² CURY URZUA, Enrique *Op. cit*. Pág. 165

doctrinal y jurisprudencial nace de la extensión que respecto a su alcance se ha realizado. Como ya se ha indicado al tratar de los principios en general, esta tendencia se sigue de la discusión nacida en España respecto de la consagración, del todo cuestionable, acerca de la aplicación del principio de legalidad en iguales términos respecto de penas y sanciones administrativas en la Constitución de 1978.

Esta traslación impone que, a partir de una interpretación textual carente de sentido lógico, las exigencias penales de reserva legal y tipicidad deben observarse íntegramente dentro del Derecho Administrativo Sancionador en idénticos términos¹⁴³.

La doctrina y jurisprudencia española más avanzada han comprendido que la legalidad penal debe dar nota a los especiales contornos que involucra la interposición de una sanción contravencional, a fin de poder dar un sustento coherente a su traspaso. GARCIA DE ENTERRIA, a modo de ejemplo, luego de sostener la reserva de ley en materia sancionadora, admite como una de las matizaciones del principio de legalidad penal la colaboración reglamentaria en la desarrollo de los tipos de infracciones previamente establecidos en ley¹⁴⁴, en mismo sentido se pronuncia REBOLLO PUIG¹⁴⁵. PARADA VAZQUEZ a su vez destaca la evolución jurisprudencial desde la reserva legal penal a la exigencia de “cobertura legal” aplicable a sanciones administrativas¹⁴⁶, la cual sólo exige cubrir

¹⁴³ Esta consagración unitaria contenida en el artículo 25.1 de la Constitución Española ha llevado a postular a BAJO FERNANDEZ que *las sanciones administrativas...se rigen por el principio de legalidad en el sentido de que las infracciones sólo pueden ser castigadas por disposiciones contenidas en ley formal sin que los reglamentos tengan facultad alguna de carácter sancionador. El principio de legalidad derivado de los artículos 25, 53 y 81 de la Constitución significa que las sanciones administrativas sólo pueden imponerse mediante ley, al menos ordinaria.* en *La Unidad del Derecho Sancionador, op. cit* Pág. 12.

¹⁴⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ Tomás Ramón, *Derecho Administrativo* Pág. 1076 y ss.

¹⁴⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad Sancionadora, alimentación y salud pública*, Editorial Civitas, Madrid, 1989Pág. 33.

¹⁴⁶ PARADA VELAZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General Tomo I*, Editorial Marcial Pons, Decimoquinta edición, 2004, pag 481. para sustentar su tesis este autor cita la sentencia del Tribunal Constitucional Español, 42/1987 que indica que *“la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con las regulaciones de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en*

con una ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones.

Dentro de los autores nacionales CURY URZÚA, ha postulado Para que la decisión legislativa de no reputar como penas las multas y correcciones que se impongan en uso de la jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas contenida en el artículo 20 del Código Penal tuvo por objeto sustraerlas a la vigencia de los principios *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine iudicio* haciendo mas expedita su imposición. Sin perjuicio que deba intentarse una tipificación precisa de las conductas que infringen las regulaciones administrativas, debe aceptarse que éstas no pueden ser tan minuciosas como las penales, pero contemplando los límites generales más allá de los cuales se prohíbe a la Administración toda intervención punitiva¹⁴⁷.

Aun cuando en nuestro ordenamiento no existe norma homologable al artículo 25.1 de la Constitución Española, ello no ha sido obstáculo para que dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia se postulase la íntegra vigencia del principio de legalidad penal al orden sancionatorio administrativo.

A modo ejemplar cabe citar la tesis de VERGARA BLANCO quien sostiene que:

“El ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad y sus derivados. En virtud del principio de legalidad de las sanciones, ninguna resolución administrativa que imponga una sanción podría basarse en una infracción a un reglamento; una sanción impuesta a partir de un "tipo" configurado en un reglamento resulta claramente inconstitucional. Considerar al reglamento como fuente de una conducta sancionable administrativamente es inconstitucional, pues toda pena debe fundarse en una ley.”¹⁴⁸

sentido estricto”, y la sentencia de fecha 3 de Octubre de 1983 que completa la idea al hablar de la “necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal”.

¹⁴⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Op. Cit.* Pág. 108 y 112.

¹⁴⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Op. cit.*

En los siguientes párrafos efectuaremos un breve análisis a fin de demostrar que ésta misma senda ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia, sin antes dar nota sucinta a algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que al respecto han tenido lugar dentro de nuestra fauna jurídica.

III.3. Jurisprudencia chilena acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

Tanto los Tribunales de Justicia como el Tribunal Constitucional han tenido ocasión de pronunciarse acerca del modo de aplicación que el principio de legalidad debe verificar en su faz administrativo sancionadora.

Nuestra Corte Suprema, en su oportunidad, ha estipulado que el rango de las normas que tipifiquen las conductas ilícitas que dan lugar a aplicación de medidas disciplinarias como la destitución, ha de ser la de una ley¹⁴⁹; lo cual ha llevado a SOTO KLOSS a concluir que en materia administrativa sancionadora rigen los principios fundamentales del Derecho Penal, entre ellos ciertamente el de tipicidad¹⁵⁰, lo cual si bien compartimos, ha de asumir las matizaciones correspondientes.

La Corte de Apelaciones de Santiago en Sentencia de cuatro de agosto de 2005, fallando recurso de reclamación de ilegalidad en materia de sanciones impuestas por la SEC, ha adherido a la prohibición de creación o complementación en la tipificación de hechos infraccionales punibles en normas de rango inferior al legal, ya que tal descripción pertenece al ámbito inherente a la

¹⁴⁹ “...lo que importa es que para aplicar la medida de destitución es necesario que esta pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita **determinada por ley**” Sentencia Corte Suprema, 24 de enero de 1991, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 48, Enero-Diciembre 1991, segunda parte sección quinta.

¹⁵⁰ Comentario a Sentencia de fecha 24 de marzo de 1992 de Corte Suprema, contenida en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 49, Enero-Diciembre 1992, segunda parte, sección quinta, pag. 28 y ss.

reserva legal, atribuyéndole exclusivamente a esa especie de normas la concreta y específica definición de la conducta considerada reprochable¹⁵¹.

Se ha intentado encontrar fundamento a la tesis de la transpolación del principio de legalidad y tipicidad penal a materias administrativo sancionadoras, en la sentencia 244/1996 del Tribunal Constitucional cuyo texto reza:

“9º Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;”

10º “Que, entre ellos, 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”.

Los considerandos citados pueden interpretarse de modo que sólo la ley puede entrar a definir infracciones y sanciones administrativas, lo cual si bien es cierto en principio, admite la asistencia de los demás niveles normativos como se verá luego, ya que la tendencia jurisprudencial, tanto constitucional como judicial, se ha ido desarrollando en la vereda totalmente opuesta.

III.3.1 Cobertura legal y colaboración reglamentaria.

El hecho de que la adscripción total al dogma de la reserva legal- ya en su concepción económica, ya en la penal- implique una menor adecuación

¹⁵¹ Considerando 9º Sentencia Corte Apelaciones de Santiago Ingreso Rol 6025-2004.

fenoménica a las cambiantes necesidades que una determinada materia requiera, ha repercutido en el auge de la teoría en virtud de la cual en materia de sanciones administrativas, la reserva legal se satisface en la medida que la ley describa el *núcleo esencial* de la conducta, aceptándose la colaboración reglamentaria en la descripción precisa del tipo infraccional¹⁵².

El fundamento Constitucional de esta tesis se encuentra en lo dispuesto por el número 6 del artículo 32 de la Constitución Política¹⁵³, que faculta al Presidente de la República para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución u ordinaria que se halla investido¹⁵⁴.

El germen de desarrollo de este postulado lo podemos remitir a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en STC rol 244 de fecha 26 de Agosto de 1996. Junto con hacer aplicables los principios del orden penal como regla general al derecho administrativo sancionador, destaca los de legalidad y tipicidad, indicando que en lo que a esta materia respecta:

*“La Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y sólo a ella establecer al menos el **núcleo esencial** de las conductas que sancionan, materia que es, así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que no procede a su respecto ni siquiera delegación de facultades legislativas al Presidente de la República...”¹⁵⁵”*

¹⁵² Al respecto NIETO GARCIA Alejandro indica que “la reserve de ley puede funcionar de dos maneras distintas: Mediante la primera-o en sentido estricto-la Ley regula por sí misma toda la materia reservada. Esta es la variedad conceptualmente más lógica, pero apenas si es usada por la dificultad y rigidez que supone la regulación exclusiva en Ley. Por ello cabe también una segunda variante, que es la habitual: en estos casos, la Ley (que es siempre inexcusable) no regula exhaustivamente ;la materia sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite al reglamento, al que invita (u ordena) a colaborar con la formación. De esta forma tenemos que la reserva legal se desarrolla en dos fases: primero por desarrollo parcial y por remisión; y luego, por el reglamento remitido, que completa el régimen parcial de la ley y desarrolla su contenido de acuerdo a sus instrucciones expresas.” Op Cit Pág. 260.

¹⁵³ **Artículo 32:** Son atribuciones especiales de Presidente de la República:

6º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal. Sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de la leyes;”

¹⁵⁴ Considerando Vigésimo séptimo SCS Rol 4404-2005 de 08 de Noviembre de 2005

¹⁵⁵ Considerando 12º STC 244.

En estos términos se viene en asentar la cobertura legal mínima que se debe respetar en la normativización de las contravenciones administrativas, con la cual se vería satisfecha la exigencia de legalidad. Cabe indicar que por esta sentencia se declaró la inconstitucionalidad de una norma que pretendía entregar por entero el mandato de tipicidad a una norma de rango reglamentario, sin remisión alguna a la ley, lo cual a juicio del Tribunal Constitucional resulta inadmisibles a partir de las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental.

No se niega de ningún modo que por vía reglamentaria se entren a complementar los tipos infraccionales y deberes legales cuya contravención se sanciona, lo que se está sosteniendo es que está vedado a que un reglamento entre por su propia iniciativa en el ámbito legislativo. Si una ley contiene el *núcleo esencial de la conducta que se sanciona*, el reglamento no se considera como una regulación independiente a la ley, lo cual sería inconstitucional.¹⁵⁶

La tesis de la necesaria cobertura legal a fin de dar por satisfecho el principio de legalidad derivado de la teoría penal es desarrollada en extenso por la STC 480/2006.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia, parte su exposición estableciendo que los preceptos que regulan la actividad sancionadora de la Administración están sujetos al principio de legalidad en virtud de los siguientes fundamentos que se pasan a descomponer:

En primer termino, se sostiene que el principio de legalidad tiene vigencia en el ámbito de las sanciones administrativas:

“en virtud de los preceptos básicos contenidos en el Capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6 y 7 que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los

¹⁵⁶ A modo de ejemplo, señaló el Tribunal Supremo Español en sentencia de 10 de Junio de 1991: *“Resulta pues admisible que en el diseño de un cuadro marco de ilicitud, establecido por la Ley, el Gobierno oportunamente habilitado al efecto, ejercite su potestad reglamentaria, justamente para precisar conceptos de mayor amplitud comprensiva y eliminar el riesgo de inseguridad jurídica, si debieran aplicarse directamente las figuras genéricas del marco legal.”*

dos primeros incisos del artículo 7º de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las **leyes** que crean nuevos servicios públicos.”¹⁵⁷

Esta es la faz propiamente administrativa de la legalidad.

A continuación el Tribunal indica que:

*“el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental,”*¹⁵⁸

Este postulado lo basa en la consideración de que tanto el derecho penal y el derecho administrativo sancionador forman parte del ius puniendi estatal y por tanto *están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19*. En los considerandos quinto a séptimo del fallo en referencia se busca establecer que ésta ha sido la doctrina recogida por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los fallos 46/1987, 244/1996 y 437/2005, como así que:

“hace ya cuarenta años nuestra Corte Suprema hacía aplicables al derecho administrativo sancionador las garantías constitucionales propias del derecho penal”.

Lo razonado en estos considerandos es cuestionado ampliamente en el voto de minoría redactado por el señor Ministro Correa Sutil quien si bien concuerda con la idea de que el principio de legalidad es aplicable a la actividad

¹⁵⁷ STC 480/2006 considerando cuarto.

¹⁵⁸ STC 480/2006 considerando quinto.

sancionadora de la Administración, no comparte el hecho de que ello se funde en el artículo 19 N°3 de la Constitución. Su crítica a esta opción doctrinal comienza con el análisis del **elemento gramatical** de los últimos incisos del articulado en cuestión, al señalar que los principios de tipicidad y reserva legal contenidos en su inciso final¹⁵⁹ se aplican únicamente a las penas y no a las sanciones de forma genérica; Correa Sutil plantea que entre sanción penal y sanción administrativa existe una diferencia cualitativa importante en la medida que la primera puede afectar la libertad mientras que la segunda solo el patrimonio, si pretendieran hacerlo, deberían ser consideradas penas, la opción legislativa contenida en el artículo 20 del Código Penal de no reputarlas como tales reafirmaría esta postura¹⁶⁰. Respecto al **elemento sistemático** parte el análisis desde los

¹⁵⁹ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

¹⁶⁰ Tercero: Que los principios de tipicidad y de reserva legal contenidos en el inciso final que ahora nos ocupa dispone que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Para determinar el alcance o ámbito de aplicación de este precepto más allá de lo penal, resulta fundamental determinar que ha de entenderse por pena y particularmente establecer si una multa del derecho administrativo puede ser considerada como tal. Es bien sabido que tanto el derecho penal como el administrativo pueden establecer multas. La cuantía de las fijadas en este último suelen incluso ser más altas que las del derecho penal. Sin embargo, debe anotarse que unas y otras tienen una diferencia cualitativa importante. Las multas del derecho penal, en caso de no pago, pueden llevar a la pérdida de la libertad; las del derecho penal son “transformables en privación de libertad”. En cambio, las del derecho administrativo pueden afectar el patrimonio, pero no la libertad. Si pretendieran hacerlo, deberían ser consideradas penas. Es posible que esa diferencia cualitativa haya determinado que la definición legal de pena excluya expresamente las multas administrativas. En efecto, el Código Penal, en una norma que existía a la fecha en que se elaboró la Constitución y que sigue vigente hoy establece que “no se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.” Si bien esta definición legal no es general para el derecho y está establecida en una norma de rango inferior a la Constitución denota la diferencia que nuestro sistema jurídico penal ha hecho y hace entre las sanciones administrativas y las penales.

Cuarto: Que quienes elaboraron el texto de la Constitución estaban concientes de esta diferencia entre penas y sanciones administrativas y propusieron este vocablo y no el más genérico de “sanciones”, como hacen otros textos constitucionales que le sirvieron de modelo. Esta diferencia difícilmente puede estimarse como una inadvertencia”. Enrique Evans, uno de quienes participaron activamente en la redacción del precepto en su texto “Los Derechos Constitucionales”, señala: “Téngase presente, en todo caso, que las multas que aplique la Administración no son “penas”, pero para imponerlas rige la obligación que pesa sobre toda autoridad de someterse a las garantías de un racional y justo procedimiento.” (página 150, Tomo 2, 3ª edición, 2004).

Quinto: Que existen otra serie de diferencias que la doctrina se ha encargado de analizar entre las penas y otras sanciones, particularmente relativas a las finalidades retributivas y preventivas de las primeras y el puramente preventivo y de política general de las segundas, así como respecto de los órganos que pueden aplicarlas y de los sujetos que pueden padecer unas y otras. No parece que esas diferencias o el debate acerca de similitudes sea especialmente relevante aquí. Lo fundamental para un juez no está tanto en este ejercicio como en determinar si el derecho vigente

derechos comprometidos tanto en el orden penal (derecho a la libertad y seguridad personal) como en el administrativo sancionador (derecho a emprender y desarrollar actividades económicas) y al diverso trato que la Constitución ha establecido entre la libertad personal y la libertad económica y de emprendimiento¹⁶¹. Es en base a estas distinciones que los jueces llamados a fallar en conformidad a derecho deben interpretar las normas y no fundados en naturalezas ontológicas. En cuanto al espíritu de la norma, indica que *también nos conduce a rechazar la tesis de asimilar el estatuto constitucional de las penas con el de las sanciones administrativas*, ya que si bien en las Actas Constitucionales se planteó esta posibilidad ello no se concretó en norma constitucional alguna a diferencia de los que aconteció respecto del justo y racional procedimiento. Finaliza su exposición sosteniendo que:

“ni en el lenguaje, ni en el espíritu del inciso final del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, interpretado a la luz de los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico es posible encontrar base de sustentación a la tesis de que las garantías del derecho penal deben aplicarse al derecho administrativo sancionador”. A modo de

establece unas mismas reglas constitucionales para ambos tipos de sanciones o si las trata con estatutos diversos. Como hemos podido apreciar, el lenguaje constitucional claramente las distingue.

Sexto: Que otro de los más influyentes constitucionalistas chilenos, activo participante en la elaboración del texto constitucional reconoce también que los tres últimos incisos del numeral 3° del artículo 19, son, a diferencia de los anteriores aplicables sólo al juzgamiento penal. Luego de transcribir el inciso sexto del número 3 del artículo 19 señala este autor: “Debemos recordar que, según anunciamos en el N° 68 de este volumen, el precepto recién copiado, junto con aquellos contemplados en los dos incisos finales del mismo artículo, fija algunas bases del procedimiento y del juzgamiento penal.” (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, páginas 156 y 157, énfasis añadido).

¹⁶¹ **Séptimo:** *Que si atendemos ahora al elemento sistemático de interpretación resulta también claro que el sistema jurídico chileno y el derecho constitucional en particular no tratan del mismo modo el derecho a la libertad y a la seguridad personal y sus restricciones, que es lo que está en juego en el caso de las penas y el derecho a emprender y desarrollar actividades económicas y a la propiedad, que es lo restringido por el derecho administrativo sancionador en este caso. En efecto, el texto Constitucional distingue claramente ambos estatutos, con garantías que no sólo se encuentran en preceptos diversos sino que difieren en su contenido, como puede apreciarse de la lectura del numeral 7° del artículo 19 o de las diferencias entre las acciones cautelares de amparo y de protección. Es el texto constitucional el que establece diferencias al tratar la actividad del Estado que sanciona a personas naturales con penas que son o pueden llegar a ser privativas de su libertad que cuando establece reglas para regular y sancionar a personas, pero especialmente a empresas que desarrollan una actividad económica lícita. Es la Constitución la que ha establecido diferencias entre la libertad personal, por una parte y la libertad económica y de emprendimiento, por otra.*

conclusión expresa su parecer en el sentido que “La aplicación tampoco resulta necesaria para la defensa de los derechos fundamentales, máxime si el principio de legalidad, a nuestro juicio con contornos más adecuados, resulta aplicable, como en la especie, en razón de los derechos que afecta la actividad sancionadora del Estado”.

El voto de minoría expone entonces la teoría de que la sujeción de las normas administrativo sancionadoras al principio de legalidad no puede fundarse en una ampliación de la legalidad penal, sino que más bien en la legalidad que rige respecto de las limitaciones que puedan establecerse a la garantía constitucional de desarrollar actividades económicas lícitas.

Por ultimo, sostiene que:

“En la especie, la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 en relación al 19 N° 26 y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental”.

Tal parecer se funda en que gran parte de las normas que conforman el Derecho Administrativo Sancionador se configuran de modo de establecer regulaciones sectoriales que limitan el ejercicio de ciertas áreas de la actividad económica nacional, principalmente aquellas relacionadas con la satisfacción de necesidades básicas cuyo desarrollo a pasado de manos del sector público al privado. Teniendo presente lo antedicho, el Tribunal indica:

*“que las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”, debe hacerse “respetando las normas **legales** que la regulen”. En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita.”*

Una vez establecida la vigencia del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas, el Tribunal matiza su rigurosidad, dando paso a la colaboración reglamentaria en base a que:

“El hecho de que sostener que una determinada materia esté regida por el principio de legalidad, no equivale a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia en razón de que el ámbito de regulación de la potestad reglamentaria de ejecución coincide con aquel que la Constitución reserva al dominio legal, si bien le esta subordinada¹⁶².

A juicio de esta magistratura, el régimen de dominio legal máximo señalado en el artículo 63 de la Carta Fundamental¹⁶³, implica que:

“El legislador debe limitarse a establecer las bases de un ordenamiento jurídico, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de la ley.¹⁶⁴

Al razonar el Tribunal que dentro del Derecho Administrativo Sancionador rige el principio de legalidad en sus facetas administrativa, económica y sancionadora (no propiamente penal), con especial mención a la reserva legal, pasa a instaurar que *sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos¹⁶⁵*, debiendo contener el precepto de rango legal la suficiente densidad normativa o describir de manera suficiente el núcleo esencial de la conducta debida, lo cual deberá apreciarse caso a caso¹⁶⁶.

Tal interpretación no vulnera el texto del artículo 19 N° 3 ya que éste:

¹⁶² STC 480/2006 considerando Décimo Tercero.

¹⁶³ **Artículo 63:** *Sólo son materias de ley:*

20) *Toda norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.*

¹⁶⁴ STC 480/2006 considerando Décimo Cuarto.

¹⁶⁵ STC 480/2006 considerando décimo noveno

¹⁶⁶ En la especie, al tratarse de deber administrativo, donde el verbo rector estaba definido en la ley, se consideró que existía la cobertura legal exigida por el principio de legalidad. *“La ley no se ha limitado a delegar en normas reglamentarias la regulación de la materia, lo que sí resultaría constitucionalmente reprochable, sino que ha descrito el deber de conducta para la consecución de un fin lícito, a través de un verbo rector, cuyo significado ha quedado enriquecido al poner la conducta al servicio de finalidades públicas legítimas y lo ha sancionado conforme a sus efectos... Que este Tribunal Constitucional considera que, para la gestión pendiente, esta descripción del núcleo esencial del deber a través del verbo rector...resulta suficiente...”* STC 480/2006, considerando vigésimo cuarto y vigésimo quinto.

*“exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno, lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable.”*¹⁶⁷

El fundamento último tras esta aplicación matizada del principio, es que de esta forma se compatibiliza la seguridad jurídica de los administrados regulados con la consecución del bien común en materias objeto de regulación y fiscalización estatal¹⁶⁸.

Con esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional sienta el precedente de la constitucionalidad en lo que respecta a que un órgano de la administración del Estado, dotado de potestad sancionadora, aplique sanciones ante el incumplimiento de deberes establecidos en Decretos Supremos, en la medida que estén *precedidos jerárquicamente de una ley que describa las conductas debidas y sancionables con suficiente sustancia como para no vulnerar el principio de legalidad*¹⁶⁹. Esta es la tesis de la necesaria cobertura legal postulada por el ente llamado a interpretar los preceptos fundamentales¹⁷⁰, la cual, cabe señalar, se limita tan sólo a las normas de carácter reglamentario, no siendo extensibles para normas de rango inferior¹⁷¹¹⁷². La colaboración reglamentaria no es una excepción

¹⁶⁷ STC 480/2006 considerando décimo séptimo.

¹⁶⁸ STC 480/2006, considerando vigésimo primero.

¹⁶⁹ STC 480/2006, considerando trigésimo primero.

¹⁷⁰ STC 480/2006, considerando **Vigésimo Primero**: *Que, de este modo, la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal, como lo es, en la especie, la producción y distribución de energía eléctrica. En virtud de esos principios y conforme a las reglas ya analizadas, la Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales.*

¹⁷¹ Esta importante salvedad la realiza el Tribunal en el considerando vigésimo séptimo de la STC 480/2006: *“No le corresponde a esta magistratura, en consecuencia, juzgar en esta causa la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley 18.140 en cuanto puede aplicársele para sancionar incumplimientos de instrucciones y órdenes de la Superintendencia de Electricidad*

al principio de legalidad, sino que una modalidad de su ejercicio como indica NIETO¹⁷³.

Resulta oportuno en este punto sacar a colación las ideas de BERMÚDEZ¹⁷⁴, a propósito de la comentada colaboración reglamentaria en materia de sanciones administrativas y reserva legal. En efecto, sostiene que tal colaboración no puede constituir nuevas sanciones ni alterar la naturaleza o límites impuestos por la norma de rango legal, observando tres tipos de mandatos delimitadores: la prohibición de anudar por vía reglamentaria sanciones a nuevas infracciones no contempladas en la ley; que por la misma vía se transforme la naturaleza de las sanciones establecidas legalmente y, por último, que reglamentariamente se alteren los límites legales de las sanciones a partir de su extensión o restricción.

En este sentido, no debe dejarse de tener presente que el objetivo a que tiene que tender la colaboración reglamentaria es la más precisa determinación de las sanciones, con lo que de esa forma, aparejo a la precisión de la sanción administrativa estará una mayor seguridad jurídica que beneficiará al administrado limitando, de esta forma, los poco confiables rangos de discrecionalidad con los que cuenta la Administración en la fijación de la cuantía de las sanciones que impone.

y Combustibles, sino de una norma de rango legal y de diversos preceptos contenidos en un Decreto Supremo.”

¹⁷² En el voto de minoría de los Ministros Colombo Campbell, Vodanovic Schnake y Correa Sutil, se expone que a fin de determinar la densidad normativa exigida por el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador debe de considerarse la relación que medie entre la Administración y el destinatario del deber de que se trate, ya que en virtud del principio de igualdad no es dable exigir igual conocimiento acerca de las normas regulatorias a una empresa que opera en un mercado densamente regulado que un ciudadano común. Esto, en razón del objetivo mismo del principio de legalidad el cual implica que el deber o la descripción de la conducta indebida estén descritos en la ley con suficiente densidad para hacer presumible que el sujeto imperado sabrá a que atenerse en sus relaciones sociales; sabiendo con antelación, por intermedio de una norma que, con antelación a la conducta, tiene suficiente contenido y publicidad acerca de sus deberes. Es en base a estas consideraciones que puede razonablemente considerarse que un agente económico como una empresa eléctrica sabe que, en una actividad técnicamente compleja y dinámica, ese deber será especificado en normas infralegales.

¹⁷³ NIETO GARCÍA, Alejandro., *Op. cit.* Pág. 264

¹⁷⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Op. Cit.* P. 333.

En síntesis, para englobar el apunte al citado autor, *“lo que aquí se sostiene es que los extremos dentro de los cuales se puede mover una sanción deben estar previstos en la ley, de modo que su delimitación impone que el contenido aflictivo de la misma debe estar perfectamente establecido, impidiendo, naturalmente además, la extensión por semejanza (analogía) de infracciones o conductas no previstas expresamente, ni de sanciones no anudadas expresamente a infracciones.”*¹⁷⁵

III.3.2 Tribunales y nuevas tendencias.

La jurisprudencia judicial no ha sido extraña, sino que pionera dentro de esta tendencia, resultando sencillo dar nota de una serie de Sentencias pronunciadas por los Altos Tribunales de Justicia que van en la dirección de exigir una norma legal general admitiendo la colaboración de normas de inferior rango en la descripción pormenorizada de las conductas infraccionales o deberes legales de actuar exigidas a los administrados¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Op. Cit. P. 334.

¹⁷⁶ Una interpretación más amplia sobre el rango de las disposiciones que cuyo incumplimiento puede originar la imposición de una sanción por parte de la Administración se funda en la redacción de las leyes que entregan tal facultad a dichos entes. A modo de ejemplo la Ley 18.410 LOC Superintendencia de Electricidad y Combustibles en su artículo 15 faculta a este organismo a sancionar a las empresas, entidades o personas naturales sujetas a su fiscalización o supervisión que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles, así como a las que incumplieran las instrucciones y órdenes que ella imparta. El artículo 45 de la Ley de Isapres 18.933, señala que el incumplimiento por parte de las instituciones de las obligaciones que impone la ley, instrucciones de general aplicación, resoluciones y dictámenes que pronuncie la Superintendencia de Salud, será sancionado por ésta con amonestaciones o multas a beneficio fiscal, sin perjuicio de la cancelación del registro si procediere. El artículos 26 y 27 de la LOC de la Superintendencia de Valores y Seguros estatuyen que las sociedades anónimas como las personas o entidades sujetas a la supervisión o fiscalización de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que la rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta la Superintendencia, podrán ser objeto por ésta de sanciones como censura, multa, entre otras.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 04 de Julio de 2001 desechó reclamo de ilegalidad interpuesto en contra de sanción interpuesta por la SEC por infracción a obligación estipulada en norma reglamentaria¹⁷⁷, en base a sostener que la norma de rango legal que contenía la obligación general de manutención de instalaciones en buen estado y condiciones de evitar peligros para personas y cosas, ofrecía la suficiente cobertura legal a fin de que por vía reglamentaria se viniera a dar concreción al deber descrito.

El mismo Tribunal por sentencia de fecha 05 de Julio de 2001, conociendo de ilegalidad interpuesta en contra de multa aplicada por la SEC, ratifica la sanción interpuesta por dicha entidad en base a la infracción de normas técnicas sobre instalaciones interiores de gas dictadas por ésta dentro de sus funciones normativas. Lo peculiar de este fallo es que el fundamento de la Corte para rechazar la ilegalidad se encuentra no en la necesaria cobertura legal de la obligación o conducta, sino que directamente en las potestades que la ley entrega a Superintendencia de *fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles, líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios, se la prescrita en las disposiciones y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos*

¹⁷⁷ La multa de 50 UTM se cursó por trasgresión a lo dispuesto a obligación que la Corte articuló de la siguiente manera: El núcleo central de la obligación se define en norma de rango legal, en la especie el artículo 74 de Ley General de Servicios Eléctricos que impone a las empresas eléctricas la obligación de dar servicio a quien lo solicite en la zona de concesión, y el artículo 82 obliga a los concesionarios de servicio público de cualquier naturaleza a mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligros para las personas y las cosas.(considerando quinto); artículo 107 de Reglamento Eléctrico que establece que la responsabilidad de mantener en buen estado los empalmes, corresponde a los concesionarios; artículo 108 del Reglamento Eléctrico que establece que todo arreglo o modificación de empalme que se haga a iniciativa del concesionario y toda acción ejecutada en cumplimiento de obligación de manutención de empalmes, será de cargo exclusivo del concesionario; y artículo 109 del mentado reglamento que dispone que toda acción no comprendida en el artículo anterior o que no se enmarque en las acciones de manutención a que está obligado el concesionario, será de cargo del usuario o propietario. Al comprobarse por la Corte que se facturó por la empresa Chilectra S.A. indebidamente un cargo que no era procedente al usuario del servicio, sostiene que ha incurrido en la infracción a que se refiere el artículo 222 del reglamento, norma que hace mención a la calidad en la que el servicio debe prestarse, la cual considera tanto la mantenimiento de las instalaciones como la correcta medición y facturación de los servicios prestados rechazando el reclamo interpuesto y dando lugar a la aplicación de la multa

*energéticos no constituya peligro para las personas o cosas*¹⁷⁸, y su correlativa facultad de imponer sanciones a las personas y entidades sujetas a su fiscalización que incurrieran en infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas sectoriales.

La Corte Suprema en sentencia de fecha 08 de Noviembre de 2005, junto con sostener que *el principio de reserva o legalidad, como límite de la potestad punitiva del Estado, bajo su vertiente de tipicidad* tiene aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa, indica que tal principio no tiene en el campo del Derecho Administrativo Sancionador una aplicación tan rigurosa como en el derecho penal, satisfaciéndose *con la sola exigencia de describirse en la ley el núcleo esencial de las conductas afectas a sanción, complementándose las restantes especificaciones y graduaciones típicas mediante cuerpos normativos de índole reglamentaria*¹⁷⁹.

La base constitucional de esta sentencia es similar a la utilizada de manera posterior por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la colaboración reglamentaria de ejecución de la ley como norma de carácter general y abstracto. La justificación práctica viene dada por:

*“la variada y compleja gama de actividades actualmente reguladas por los órganos de la administración, algunas sujetas a implicancias de carácter técnico...a las que suele asociarse todavía una acentuada dinámica de cambio en el tiempo; todo lo cual se traduce en la imposibilidad que la ley, como norma de previsión general y abstracta alcance a regularlas”*¹⁸⁰.

Nuestro Tribunal Supremo, por medio de sentencia de fecha 11 de octubre de 2005, sentó una novedosa jurisprudencia, al admitir la colaboración de un oficio circular emanado de una Superintendencia a fin de dar concreción al deber de remitir la información requerida por el ente al administrado, resaltando esta

¹⁷⁸ Artículo 2º Ley 18.410

¹⁷⁹ SCS 4404/2005, considerando vigésimo quinto y vigésimo sexto.

¹⁸⁰ SCS 4404/2005, considerando vigésimo sexto.

magistratura *la importancia de cumplir, en una actividad regulada como en la especie, íntegra y oportunamente con las normas e instrucciones emanadas de los órganos fiscalizadores*¹⁸¹

En el mismo sentido de otorgar a las Circulares emanadas de los entes fiscalizadores la virtud de complementar la definición precisa de la conducta exigible conforme al deber legal, se puede reseñar lo expuesto por la Corte Suprema en sentencia de casación en el fondo de fecha 24 de julio de 2008. En este caso se aplica la sanción ante la infracción de un deber establecido en una norma general de rango legal que lo describe en sus aspectos esenciales, y en una de carácter específico contenida en una circular, la cual viene en precisar ciertos elementos que vienen en dar una sustancia más técnica a determinados ribetes de la obligación de cuidado definida de forma genérica¹⁸².

Cabe citar en extenso uno de los considerandos de esta sentencia de tan reciente data, en razón a que resume de manera clara la tendencia jurisprudencial en materia de legalidad aplicada al Derecho Administrativo Sancionador:

11º) Que en efecto, en la especie no se trata de infracciones de naturaleza penal, respecto de las cuales debe darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3, inciso final de la Carta Fundamental y los artículos 1º y 18 del Código Penal.

¹⁸¹ SCS 4877/2005 considerando quinto.

¹⁸² Los preceptos sobre los cuales se construye el deber preciso infringido son en el caso específico: i) Artículo 147 del DL 3.500 de 1980, como norma que define el deber en su núcleo esencial, disponiendo que las Administradoras de Fondos de Pensión deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad de las inversiones de los fondos que administran y que en cumplimiento de sus funciones atenderán exclusivamente al interés de los fondos asegurándose que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos con recursos del mismo se realicen con dicho objetivo. ii) Circular Nº 1217 de 9 de Julio de 2002, emitida por Superintendencia de AFP que regula Custodia de Títulos y Valores de los Fondos de Pensiones, cuyo texto indica que “*imparte instrucciones de cumplimiento obligatorio para todos los Administradores de Pensiones*”. La infracción está dada por la omisión de mantener actualizado el Registro de Firmas de los empleados de la AFP, lo cual refleja un manejo negligente de la información necesaria a fin de dar a conocer quienes eran las personas autorizadas para efectuar operaciones o movimientos de custodia de valores que pertenecen a los fondos de pensiones, poniendo en riesgo la seguridad de los fondos. SCS 191/2007

En el ámbito administrativo no es necesaria la tipificación de la manera que se exige en materia penal sino que basta una descripción de los elementos esenciales del hecho sustitutivo de la infracción debiendo existir una correlación entre aquella y la norma que atribuye la sanción, debidamente descrita también, todo lo cual se cumple en la especie. Al no entenderlo así los sentenciadores, han incurrido en error de derecho que este Tribunal debe enmendar por esta vía”.

Cabe hacer mención por último al fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 31 de Enero de 2008, que con ocasión del reclamo interpuesto contra sanciones impuestas por el Consejo Nacional de Televisión a Red TV, las ha ratificado en base a que la lesión de los bienes jurídicos que tanto la Constitución en su numeral 12 artículo 19 que lo crea, como la ley 18.838 definen, y cuya protección corresponden a dicho ente, son la justificación del despliegue de la potestad sancionadora, satisfaciendo con ello los principios de legalidad y tipicidad¹⁸³.

Esta tesis tiene la virtud de hacer operativos los bienes jurídicos que toda facultad sancionadora intenta proteger por sobre los dogmas traspasados del orden penal. Lo esencial en materia de contravenciones no es la sujeción al

¹⁸³ SCAp. Stgo. 1962/2006: **Tercero:** *Que para desestimar la alegación de que en el presente caso el H. Consejo Nacional de Televisión ejerció la potestad sancionatoria con infracción a los principios de tipicidad, legalidad, culpabilidad y demás citados por el recurrente, basta considerar que es el propio texto constitucional el que en el numeral 12 de su artículo 19 crea el aludido Consejo, como órgano autónomo y con personalidad jurídica, asignándole como función la de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión mediante la supervigilancia y fiscalización del contenido de las emisiones que por medio de ellos efectúen, para lo cual, como es lógico debe entenderse el referido ente fiscalizador facultado para ejercer la potestad sancionadora en los términos que la ley precisa.*

Cuarto: *Que ésta, la Ley 18.838 ha definido el correcto funcionamiento de los servicios de televisión como el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación, a la dignidad de las personas, a la protección de la familia, al pluralismo, a la democracia, a la paz, a la protección del medio ambiente y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico, bienes jurídicos que aunque en apariencia puedan considerarse indeterminados, corresponde, justamente, al órgano fiscalizador aplicar, lo que no es censurable desde el punto de vista constitucional objeción en todo caso debe formularse ante el Tribunal Constitucional, tanto más si proyectados tales bienes los contenidos de los programas emitidos no cabe más que concluir que son vulnerados y que en nada sus diálogos y manifestaciones escénicas contribuyen a la formación espiritual e intelectual de la niñez o a la protección de la infancia y la juventud.*

Quinto: *Que la responsabilidad que le es exigible a los canales de televisión por el impacto en las conductas sociales que los programas por ellos exhibidos producen, justifica, plenamente, la facultad que al órgano fiscalizador se le confiere para sancionar al concesionario respecto de aquellos que se emitan con lesión a los bienes jurídicos referidos...*

principio de legalidad, sino un principio de oportunidad discrecional teleológicamente cifrado en defensa de los intereses que la norma busca resguardar. La Corte en este fallo razona de manera acertada a nuestro entender, ya que lo hace más allá de los principios cuya aplicación a estas alturas implica principalmente una solución de compromiso con los antiguos postulados más cercanos al Derecho Penal Administrativo que al Derecho Administrativo Sancionador. Esta tendencia no es desconocida dentro de nuestra legislación y es la que guía el actuar del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por citar un ejemplo¹⁸⁴.

¹⁸⁴ La concepción del tipo universal monopólico contenido en el artículo tercero del Decreto Ley 211 (*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionados con las medidas señaladas en el artículo 26...*), el cual tiene la suficiente amplitud para capturar todas las modalidades y formas de injustos monopólicos sancionables, y que ha sido definido como un ilícito administrativo contravencional; opera sobre una base a nuestro entender similar, ya que la tipicidad del mismo es del todo vaga y en último término se reconduce y finaliza su definición en base a la protección efectiva del bien jurídico que se busca proteger: la libre competencia. Llama la atención lo señalado a este respecto por Domingo Valdés Prieto, quien postula la íntegra aplicación de las garantías penales respecto de las contravenciones antimonopólicas concretizadas en base al tipo universal, para luego sostener que *“No obstante la importancia de la tipicidad, no sólo en el orden penal sino que también administrativo, es preciso reconocer que tanto en el derecho de la libre competencia nacional como en el extranjero, el grado de desarrollo de los tipos dista de hallarse en un estado que pudiera calificarse de satisfactorio. En efecto, es tal la multiplicidad y complejidad que pueden adoptar las conductas vulneratorias de la libre competencia que las legislaciones suelen dar lineamientos muy generales. Bajo esta perspectiva fue que el legislador del Decreto Ley 211 resolvió acudir a un tipo universal antimonopólico- es decir que diera cuenta de todas las conductas posibles atentatorias contra la libre competencia-, con lo cual el peso interpretativo se trasladó a la conceptualización del bien jurídico protegido libre competencia”*. VALDES PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. P. 246.

CAPÍTULO IV: DOGMÁTICA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

IV.1 Recapitulación acerca del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

IV.1.1 Reinterpretación de las Actas Constitucionales a la luz del Derecho Administrativo Sancionador posmoderno: el surgimiento de la legitimidad de la colaboración reglamentaria.

Tal y como se desprende de las páginas anteriores, el dato objetivo que debe guiar la correcta interpretación de las Actas es la definitiva redacción de la propuesta constitucional que los comisionados configuraron al final de su obra. Esto, creemos, por sobre las intenciones y creencias, las polémicas y los dimes y diretes que animaron la discusión constitucional referida que, tal como lo muestra cualquier espacio público de ingreso de razones comunicativamente enderezadas a la persuasión, resulta preponderante resguardar un estándar formal que fije los límites institucionales de la discusión, para que el intérprete cuente con algún arreglo estatutario con el que trabajar, posteriormente.

En consecuencia, el dato objetivo en este caso particular es la propuesta definitiva que quedó de la discusión constitucional referida la que, no obstante haberse acordado modificar, finalmente nunca se hizo:

“En las causas criminales ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva favorezca al afectado.”

Luego, debemos preguntarnos, a la luz de nuestro ordenamiento hermenéutico vigente- es decir de acuerdo a los artículos 19 a 24 del Código

Civil- cual es el arreglo institucional que priorizará para interpretar el artículo 19 número 3 inciso 7° y 8° de nuestra actual CPol, de acuerdo al *elemento histórico de interpretación de las normas*: si la intención fallida de los comisionados de extender la aplicación del principio de legalidad e irretroactividad penal a todo el ámbito sancionatorio o, lo que se desprende de la propuesta definitiva que conocemos, optar por su aplicación restringida al ámbito penal.

Y, en efecto, nosotros optamos por la segunda de las interpretaciones, puesto que se condice con nuestro sistema de interpretación de normas, como decíamos, ínsito en la esfera civil pero no por ello no aplicable por analogía a todo el ordenamiento que carece de normas al respecto. Dicho sistema, en síntesis, *cuenta* con 4 elementos conceptualizados por la doctrina que guían al intérprete en la búsqueda del sentido y alcance de las normas jurídicas objeto de análisis, pero no por ello establece *un orden de prelación* entre ellos, sino que éstos simplemente se superponen unos a otros en la tarea semántica del intérprete, configurando su actuación y, por ello, pudiendo controlar la corrección de la misma.

En consecuencia, ni el elemento *gramatical*, ni el *histórico*, *lógico* o *sistemático* entrega pautas de opción por una propuesta interpretativa u otra, sino que todos en conjunto trabajan paralelamente en la formación de dicha opción general, la que posteriormente se somete a análisis de los interlocutores con el objeto de presentarse como la más *razonable* para solucionar el problema dogmático de que se trate.

Sin embargo, y siguiendo al autor arriba reseñado¹⁸⁵, si algo que concluir en términos de definición de nuestras normas de interpretación de la ley, es que dicho sistema instaure, ahora sí, una estructura hermenéutica *que prefiera las opciones interpretativas de mayor peso institucional respecto de las que presentan uno más débil*. Es decir, nuestras normas de interpretación de la ley, si bien establecen una serie de elementos analíticos que informan el trabajo del intérprete- y por ello

¹⁸⁵ Op. Cit., 12.

logran permitir su control argumentativo-, por un lado, y por otro no determina de ninguna manera una prelación entre éstos, sí establece directrices interpretativas que permiten concluir que cada vez que se encuentren en pugna 2 o más tesis dogmáticas al respecto, habrá que optar por la que se acoja en mayor medida a aquélla de mayor peso institucional, esto es, aquélla que presente una correlación más exacta entre propuesta y norma vigente que la funde.

En ese sentido, en definitiva, existen 2 argumentos institucionales que determinan, a nuestro juicio, la corrección de la tesis interpretativa del artículo 19 N°3 incisos 7° y 8° que restringe su aplicabilidad sólo al ámbito jurídico-penal.

De un lado, como ya se detalló con exhaustividad, la propuesta definitiva de la Comisión del precepto constitucional en análisis, de mayor peso institucional que los fallidos ánimos modificatorios de sus creadores.

Y por otro, aspecto que suele olvidarse en la discusión de la doctrina nacional al respecto, tenemos 3 preceptos jurídicos vigentes de rango legal, que apoyan esta misma idea, de modo claro.

Se trata de los artículos 1°¹⁸⁶, 18.1¹⁸⁷ y 20°¹⁸⁸ del Código Penal, ley vigente en este momento.

Las citadas normas son elementos normativos de gran utilidad dogmática para la solución de un problema de oposición entre dos tesis interpretativas de un

¹⁸⁶ Artículo 1 CP: *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por ley”.*

¹⁸⁷ Artículo 18.1 del CP: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a perpetración”.*

¹⁸⁸ Artículo 20, en lo medular, CP: *“No se reputan penas:*

(...) Las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas.”

Puestos en contraposición hermenéutica con el artículo 19 N°3 inciso 7° y 8°, tantas veces y por última vez citado:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. En tanto que el inciso 8° reza:

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

mismo precepto constitucional, como el que tenemos en frente, puesto que sirven como definiciones institucionales de términos complejos, polémicos entre los contendores argumentativos.¹⁸⁹

De esta manera entonces, podemos sostener que si el precepto constitucional que se encuentra en análisis regula el estatuto garantista de los delitos y las penas, en esos términos, no sólo mayor peso institucional tendría la idea interpretativa que sostenemos, sino que también prácticamente todos los elementos de la interpretación, que la doctrina prácticamente unánime considera como la estructura del procedimiento de interpretación. Tanto el elemento *gramatical* (La voz utilizada por el constituyente es *delito* y también *pena*, por lo que en ese sentido se encuentran muy cercanas en sentido con los términos que utiliza el CP; quizás, incluso, éste fue utilizado como fuente originaria para la construcción de la redacción final del precepto constitucional en análisis.), como el *histórico* (La redacción final de la propuesta normativa para el citado precepto constitucional también habló en los mismos términos), *sistemático* (Según este elemento, mayor corrección tiene una tesis interpretativa mientras más apoyo normativo coherente encontrare en el resto del ordenamiento; y en el caso que nos convoca, no existen sino dichas 3 normas jurídico-penales en todo nuestro sistema jurídico que se refiera al problema) y, por último, el elemento *lógico* (En virtud del cual las lagunas normativas se resuelven prioritariamente mediante analogías; siendo evidente, en este caso, la utilización analógica de las definiciones contempladas en el Código Penal para definir exactamente los mismos términos que el Constituyente redactó en el 19 número 3.

La conclusión es clara: existen mejores razones para postular la tesis que entiende que el Constituyente de 1980 restringe la aplicación de los principios de los principios de legitimación jurídico-penales de legalidad e irretroactividad

¹⁸⁹ Los conceptos polémicos a definir son la voz delito, pena y correlación o diferenciación pena v/s multa.

exclusivamente al ámbito penal, omitiendo su extensión a toda la esfera sancionatoria.¹⁹⁰

IV.1.2 La decadencia normativa del principio de reserva legal.

Asistimos, como es sabido, a un aumento exponencial de las potestades administrativas de múltiples órganos administrativos, fenómeno que razonablemente asusta a algunos, en virtud del temor de afectación de derechos individuales de las personas durante su desarrollo. Sin embargo, existe una lectura que cambia la perspectiva desde donde observar alguna afectación de derechos, cambiando su foco para sostener que el riesgo relevante, realmente trascendente está, antes que en la eventual afectación de los derechos individuales de los ciudadanos mediante la utilización de las crecientes potestades sancionadoras, justamente en su ángulo contrario, en la omisión de dichas potestades, toda vez que según lo que estimamos, en el presente, la hipertrofia de sanciones administrativas es realmente una necesidad antes que un riesgo ilícito, básicamente por la aparición de personas jurídicas o naturales que ponen en desequilibrio la relación de subordinación necesaria entre los particulares y el Estado, en tanto en cuanto éste detenta el monopolio discursivo del bien común.

Han surgido particulares tan poderosos que han, incluso, comenzado a superar el monopolio del estado de algunos importantes conocimientos y códigos lingüísticos de incalculable proyección política. Como observa en este sentido ROMÁN CORDERO:

“...los poderes que hoy detectan los “particulares poderosos” superan con creces los de la Administración. En efecto, los particulares expertos determinan, finalmente, qué

¹⁹⁰ Así es como, también, opinan los Ministros Srs. Juan Colombo Campbell y Correa Sutil, en voto de minoría pronunciado en STC Rol N° 480-2006.

*productos eléctricos son o no peligrosos para las personas y cosas, si un remedio es o dañino parra la salud etcétera*¹⁹¹.

Y es, justamente, ese poder realmente difícil de calcular, el que pone en grave riesgo los derechos individuales de las personas, que restan a merced de intereses puramente individuales- que muchas veces pueden no ser coincidentes con los de la gran masa de personas, como es obvio-.¹⁹²

Este fenómeno, en consecuencia, justifica la ampliación, tanto cuantitativa como orgánica de las potestades sancionadoras de la Administración, puesto que ésta, bajo sus propios títulos constitucionales: la búsqueda del bien común y la protección del tejido social colectivo, constata la aparición de un nuevo deber en su estructura legal teleológica. El Estado, como es sabido, *está al servicio de la persona humana y debe propender al bien común*. Tiene el deber de regular, en conclusión, el desenvolvimiento de los citados poderes particulares, para que éstos, sin dejar de lograr sus propios intereses de lucro, -generalmente legítimos, en todo caso-, no dañen, al mismo tiempo, a los demás miembros de la comunidad que el Estado debe propender a desarrollar y siempre proteger.

Se ha llegado a sostener, ya incluso, que de no hacerlo, es decir de no activar los mecanismos represores a tiempo y según las formas prescritas por la nueva regulación, de modo de evitar los riesgos de daños potenciales que los particulares, en uso de sus poderes monopólicos de conocimiento pueden ocasionar, el Estado comprometería su responsabilidad patrimonial a título de omisión en la acción.¹⁹³

¹⁹¹ ROMAN CORDERO, Cristián, “Los principios de Derecho Administrativo Sancionador”, Revista de Derecho Público, N° 69 año 2006, 42.

¹⁹² “La Administración Pública, antes tan enérgica, ha terminado rindiéndose ante unos intereses capitalísticos que, para mayor fuerza, superan las barreras nacionales. Y es aquí realmente donde está el peligro. La nueva misión del Derecho Administrativo, consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias administraciones”. NIETO, Alejandro, en la recensión al libro de ESTEVE PARDO: “Autorregulación. Génesis y efectos”, publicada en Revista de Administración Pública N° 160, 2003, página 249.

¹⁹³ Op. Cit, 45.

Se trata, como se sabe, del clásico sistema de pesos y contrapesos, tan aparejo a cualquier democracia particular, donde el contrapeso administrativo al poder particular toma la forma de una inversión del paradigma clásico que comentábamos en el principio de la obra, relativo a la relación entre los Derechos Fundamentales y las sanciones: Desde uno restrictivo al poder sancionatorio del estado (o *ius puniendi*) hacia uno donde los mismos Derechos Fundamentales sirven de título para activar el aparato represivo del Estado.

Lo anterior, en la órbita del Derecho Penal puede parecer preocupante, especialmente para quienes defienden al viejo Derecho Penal liberal, corriente a la que adherimos, toda vez que, dada la intensidad en la afectación de los derechos de las personas que significa la pena corporal, una inversión del paradigma discursivo legitimador puede servir como riesgo gigantesco de abrir un camino seguro, sin obstáculos, a la acumulación de poder del Estado sobre las personas, un Estado policial. Esto, por la particular configuración de la pena estatal, herramienta fáctica que cuenta con un poder represor intensísimo.

No sucede lo mismo, sin embargo, con la sanción administrativa puesto que, como ya se ha sostenido en esta obra, uno de los argumentos para sostener la autonomía total del DAS respecto del Derecho Penal, en cuanto a sus efectos y estructura, es la tan relevante diferencia de intensidad en la afectación de los derechos individuales que comporta la pena en relación con la sanción administrativa, la que, incluso siendo realmente significativa (como una cantidad de multa económica tal que pueda paralizar el funcionamiento de una empresa, o lisa y llanamente su disolución como sanción) nunca va compararse con castigo corporal alguno.¹⁹⁴

Finalmente, teniendo presente dichas circunstancias normativas, es que concluimos que el derecho Administrativo Sancionador posmoderno reemplazará, en cuantos a sus efectos clásicos, el principio de ley por el principio de cobertura

¹⁹⁴ Por lo que, prácticamente que podía postularse, de acuerdo a la teoría de los Derechos Fundamentales, que existen diferencias cualitativas entre ambas.

legal y prioridad reglamentaria, en la forma y de acuerdo a los principios que enseguida se analizan.¹⁹⁵.

IV.1.3 La nueva configuración del principio de legalidad.

Lo central y concurrente de los fallos oportunamente citados en el capítulo dedicado a la jurisprudencia¹⁹⁶ nos conduce a advertir una clara distinción entre el ámbito penal y sancionatorio administrativo en lo relativo a principio de legalidad. El principio se escinde en dos componentes: la necesaria previsión de la conducta y la sanción en una norma previa, y el rango de la misma. Pues bien, en materia de multas administrativas el primer elemento, la tipicidad, tiene plena vigencia, en cambio el principio de reserva legal absoluta es dejado de lado adscribiendo a la teoría de la cobertura legal que va más allá de su inicial origen vinculado a la colaboración reglamentaria, según se aprecia en algunas de las sentencias expuestas.

A fin de establecer de manera clara la diferencia entre estos dos principios cabe indicar lo dicho por PARADA en el sentido de que:

¹⁹⁵ Tal y como lo desarrollaremos oportunamente, en la parte dedicada al estudio del principio de legalidad en materia administrativo-sancionadora, reconoció la Corte Suprema, en SCS 4404-2005, en su considerando vigésimo sexto: “Que, sin embargo, de acuerdo con la doctrina sentada por la jurisprudencia y con la opinión mayoritaria de los estudiosos de la materia, el principio de reserva legal no tiene en el campo del Derecho Administrativo Sancionador, una aplicación tan rigurosa como en el Derecho Penal, explicándose esto, entre otras razones, por una variada y compleja rama de actividades actualmente reguladas por los órganos de la Administración, algunas de ellas sujetas a implicancias de carácter técnico como ocurre con la generación, transporte, distribución de la energía eléctrica; a las que suele asociarse todavía una acentuada dinámica de cambio en el tiempo; todo lo Cual se traduce en la imposibilidad de que la ley, como norma de previsión general y abstracta, alcance a regularlas cabalmente.

En tales circunstancias, el principio de reserva, en su variable de tipicidad, se satisface dentro del área del Derecho Sancionatorio Administrativo con la sola exigencia de describirse en la ley el núcleo esencial de las conductas afectas a sanción, complementándose las restantes especificaciones y graduaciones típicas mediante cuerpos normativos de índole reglamentaria.

¹⁹⁶ Vid. Supra, Capítulo III.3, páginas 114 y ss.

“la diferencia entre el principio de principio de reserva absoluta de ley –que opera en materia penal- y de cobertura legal- aplicable a las sanciones administrativas- es que en el primer caso, la ley legitimadora a de cubrir por entero, tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta lícita (tipicidad) sin posibilidad de conferir esta descripción por reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción de las conductas sancionables y las clases y cuantías de sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de conductas ilícitas, es decir, su tipicidad¹⁹⁷”

En resumen se puede apreciar que la teoría de la cobertura legal y de la definición del núcleo esencial de la conducta importada de España fue inicialmente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, siendo luego recogida por la jurisprudencia Constitucional que aceptó la colaboración reglamentaria en la definición de los tipos infraccionales y deberes legales. Más allá ha llegado la Jurisprudencia Judicial, la que ha aceptado la colaboración de normas técnicas y circulares sobre la base del estatuto general efectuado por la ley. Como tendencia progresista se aprecia la de dar por satisfecha la tipicidad de las sanciones a partir de la lesión de los bienes jurídicos protegidos por la normativa sectorial.

Esta serie de respuestas son las adecuadas, creemos, en áreas donde la exigencia de una previsión legal de las conductas infraccionales dista de ser la fórmula apropiada en vista al constante cambio que las formas de actuar de los administrados presentan, ya por los términos eminentemente técnicos que dentro de su comunicación se generan -como tuvo la oportunidad de establecer la Corte Suprema-, ya por la globalización de sus interrelaciones y dinámicas. Lo primordial en este ámbito del derecho es la eficaz protección de los bienes jurídicos colectivos por sobre los intereses particulares del infractor; si bien sus garantías deben ser respetadas, éstas no pueden ser idénticas a las que rigen en el aspecto penal. No puede ser justo que determinados actos contravencionales a estos intereses queden impunes por falta de tipificación de las mismas quedando el bien jurídico en la indefensión. La antijuridicidad no debe en esta esfera encontrarse

¹⁹⁷ PARADA, Ramón, *Op. Cit.* Pág.482.

subyugada por la tipicidad en su expresión penal. Resulta preferible la aplicación de la sanción siempre susceptible de reclamación en sede judicial, donde, en último término, se verificará la procedencia o no de la sanción aplicada.

IV.2. CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad en materia penal (*nulla poena sine culpa*) ha sido definido por la doctrina nacional como la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho¹⁹⁸. Supone pues que la pena no puede imponerse sin reproche personal al sujeto que estaba en condiciones de obrar diversamente¹⁹⁹. No puede aplicarse sanción penal si el hecho no le es imputable al autor, ya sea a título intencional o culposo de los hechos. La culpabilidad penal es un requisito de responsabilidad criminal que mira al responsable y excede el juicio de ilicitud de la conducta²⁰⁰. La necesidad de este juicio subjetivo de imputación como justificación de la aplicación de la pena, parte de la atribución que se hace al sujeto de la capacidad de autodeterminar su conducta.

Se ha discutido si este principio rige en iguales términos en materia de sanciones administrativas, exigiéndose dolo o culpa en la infracción para dar lugar a la responsabilidad del actor y la correspondiente sanción²⁰¹. Se han elaborado teorías a fin de eximir a las infracciones administrativas de este requisito

¹⁹⁸ CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. P. 385

¹⁹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997, P. 26

²⁰⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, P. 84.

²⁰¹ "No existe motivo entendible para independizar las sanciones gubernativas de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, esta solo debe ser impuesta a quien pueda dirigírsele un reproche personal para le ejecución de la conducta prohibida." CURY URZUA, Enrique en *Op. cit.*. Pág. 111.

volitivo²⁰². A nuestro juicio, el principio de culpabilidad se aplica al Derecho Administrativo Sancionador²⁰³, pero en su particular configuración se nutre de ciertos elementos extraídos de la noción civil de culpa, como enseguida se pasa a explicar.

IV. 2. 1. Culpa infraccional administrativo-sancionadora

Al analizar la legislación regulatoria, se puede constatar que gran parte de estas normas, cuyo incumplimiento es la causa que motiva la puesta en acción de las facultades sancionadoras de los órganos administrativos sectoriales, están configuradas de manera que imponen a los administrados regulados una serie de obligaciones dentro del marco de las actividades que desarrollan.

Estas exigencias típicas y objetivas de cuidado que se establecen, a fin de cautelar la gestión de intereses generales en materias especialmente reguladas, colocan a los entes objeto de fiscalización en una especial posición de obediencia respecto a determinados estándares de diligencia, cuya inobservancia puede dar lugar a la aplicación de las sanciones respectivas²⁰⁴.

²⁰² En este sentido DEL REY ha indicado que *lo que en última instancia separa a la sanción administrativa de la penal es el elemento subjetivo, no el objetivo o la naturaleza jurídica. La infracción penal a efectos sancionatorios reúne todos los elementos de la posible sanción administrativa más el elemento de culpabilidad...Ausente el dolo o la culpa, una conducta imputable a un sujeto si puede estar sometida, incluso sobreseída o archivada la causa penal, a una sanción administrativa* en Nieto, Alejandro *Op.Cit.* Pág. 404.

²⁰³ La Contraloría General de la República comparte este parecer, haciéndolo suyo mediante dictamen 31.239/2005 que en su segundo apartado indica : *"El derecho administrativo sancionador se inspira, entre otros, en el principio de la culpabilidad, en virtud del cual sólo cabe imponer una sanción a quien pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta, quedando excluida la posibilidad de aplicar medidas punitivas frente a un hecho que sólo aparenta ser el resultado de una acción u omisión, sin verificar previamente la culpabilidad personal, como ocurre en la llamada responsabilidad objetiva"*

²⁰⁴ En apoyo a la perspectiva que viene en configurar un estándar de densidad más rígido a la exigibilidad de observancia a la regulación que le es susceptible, se puede abocar el principio de igualdad ante la ley; en virtud del cual se exige trato distinto a situaciones diversas, esto es especialmente apreciable en aquellos caso en que se trate de empresas que prestan servicios

Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa²⁰⁵; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado. REBOLLO PUIG a este respecto señala que:

“En general se exige un extenso deber de diligencia-que incluye un amplio deber de saber e informarse- a muchos de los sujetos que pueden cometer infracciones administrativas (entidades de crédito, fabricantes de productos, etc). Lo que origina que, en la mayoría de los casos en los que se alega falta de culpabilidad, acabe imponiéndose la sanción por entenderse que no se había cumplido con este deber de diligencia”.

Una interpretación en esta orientación puede ser deducida de los razonamientos tenidos en cuenta por la jurisprudencia. En este sentido la Corte Suprema en sentencia de fecha 08 de Noviembre de 2005, ha establecido que la transgresión de las obligaciones de coordinación con finalidad de preservar la seguridad del sistema eléctrico (establecida en el artículo 81 N° 1 del DFL N°1/82), de coordinación de desconexión de cargas de barras de consumo y otras medidas que fueren necesarias por parte de los generadores y transmisores del sistema para preservar la seguridad global del mismo, (establecida en artículos 172 letra h) y 181 letra c) del D.S. N°327/97), y de proporcionar a la S.E.C. información completa y con la inmediatez que esta solicite (establecida en artículos 323 letra h) y 324 letra a) del D.S. 327/97), implican una transgresión al deber de cuidado establecido legalmente, lo cual justifica la interposición de las sanciones estipuladas en la ley:

públicos, dado que es razonable considerar que éstas conocerán los deberes reglamentarios del área de desarrollo de su actividad más de lo que está llamado a conocerlos un ciudadano común.

²⁰⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. cit.* Pág. 91

Vigésimo: Que, como se apuntó en los considerandos octavo a undécimo de este fallo, la reclamante de autos no dio cumplimiento a diversas obligaciones que, en su condición de integrante de la C.D.E.C. S.I.C. le imponía el reglamento en orden a coordinar la operación de las instalaciones interconectadas para preservar la seguridad del sistema eléctrico, bien jurídico que, a causa de tal incumplimiento, resultó afectado, al producirse la falla generalizada del suministro.

La responsabilidad que en este episodio corresponde a la reclamante no es, entonces, de carácter objetivo, como se aduce en la reclamación sino que obedece a una conducta culposa suya, exteriorizada en la inobservancia de las prescripciones contenidas en la regulación eléctrica y que tendían a precaver el peligro que la generación y circulación de energía eléctrica lleva consigo; peligro que en el presente caso efectivamente adquirió concreción en el corte de suministro generalizado.

Queda al margen de duda, por consiguiente, que en la especie existía para la reclamante un deber legal de cuidado, que ella vulneró, manifestando de esta manera negligencia y falta de cautela, al omitir los resguardos de seguridad dispuestos en el reglamento.”

Del fallo transcrito se puede apreciar que al tratarse de un deber legal de cuidado, mediando la constatación de la infracción a la obligación establecida previamente, se configura una negligencia sobre cuya base el juicio subjetivo de imputación se encuentra suficientemente fundado.

La figura del deber legal en relación a las sanciones administrativas, facilita la explicación acerca de la matización que el principio de culpabilidad debe observar al entrar a regularlas, lo cual no imposibilita su extensión respecto de infracciones descritas como conducta antijurídica, ya que el deber se construye a partir del comportamiento que puede escindirse como lícito a partir de lo definido como contravención. Comportamiento acorde con la norma, al fin²⁰⁶.

²⁰⁶ La Corte Suprema ha establecido en Sentencia causa rol 6236-2006, con fecha 4 de Julio de 2007, que lo esencial no es que el agente haya o no obrado en conciencia de la ilicitud de la conducta infraccional, sino que *ha de repararse en la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado de la red de telecomunicaciones y no provocar impedimentos para restringir o entorpecer las prestaciones de suministro de telefonía ...Por esta razón, esta Corte no considera del caso*

Esta forma de entender el principio de culpabilidad en su variante administrativa sancionadora, no tiene por objeto hacerla asimilable de manera total a la culpa civil, ya que ésta tiene por objeto y fin la reparación del daño causado, mientras que en la sanción administrativa se busca una función de índole similar a la punitiva: la de infringir un daño al infractor de la norma (retributiva), así como también de prevención general; por ello no cabe instaurar un régimen de responsabilidad objetiva, pero sí más estricto que el penal, dado que más que intereses particulares, están en juego las reglas bajo las cuales se buscan gestionar intereses de trasfondo colectivo, y en definitiva velar por el bien común.

En correlación con la afirmación antedicha, la jurisprudencia ha tenido ocasión de establecer que las mentadas obligaciones y deberes legales, implican un juicio subjetivo de imputabilidad y no una responsabilidad objetiva por el resultado, con lo cual cabe eximir de responsabilidad por la infracción, y consecuentemente de la aplicación de la sanción, si el grado de participación del sindicado autor se desvirtúa, en razón a que no le era exigible respecto de la conducta tenida como fundamento de la contravención, otra acorde con la requerida²⁰⁷.

El estándar de culpa infraccional sostenido, pasa a nuestro entender a constituir el esquema central a fin de conciliar el principio de la culpabilidad en el

atender a la voluntariedad de la ilicitud que preconiza para eludir su culpabilidad el reclamante, sino que a la reprochabilidad de su conducta como fundamento de la culpabilidad en que se enmarca su acción, por lo que no se considera atendible el reclamo deducido en este capítulo y por lo mismo debe ser rechazado por improcedente. Considerando 29º

²⁰⁷ AROSTICA MALDONADO, Iván, en *Un Lustró de Sanciones Administrativas*, P. 193 y ss. cita sentencia de fecha 18 de noviembre de 1992 pronunciada por Corte de Apelaciones de Santiago relativa a multa aplicada por Consejo Nacional de Televisión a Megavisión a causa de que en programa emitido por esta red televisiva se violaron la privacidad, honor y dignidad de las personas al revelar uno de los invitados el contenido de interceptaciones telefónicas, tal sentencia en lo extractado manifiesta que *‘Se hace imprescindible determinar el grado de participación que al canal le correspondió en dicho acto. Al alero de éste principio y sin perjuicio de anotar que la ley Nº 18.838 contiene una suerte de responsabilidad objetiva de los canales respecto de cualquier programa pero que ésta debe ser comprendida con carácter restrictivo’* y sólo con alcance para posible responsabilizar al canal por los reproches que se hacen a la conducta intempestiva del entrevistado. *‘Que de acuerdo a todo lo razonado precedentemente, esta Corte estima que el Consejo Nacional de Televisión, al sancionar a un concesionario por conductas que no le son imputables a título de dolo o culpa ya que derivan del comportamiento sorpresivo e impredecible de un participante en un programa que se transmitió en directo, se ha excedido de las facultades que le confiere la ley’.*

espectro administrativo sancionatorio a partir del criterio de la Corte Suprema expuesto *ex ante*, pero tal estatus es el mínimo considerable, quedando abierta la posibilidad de configurarse contravenciones mediando dolo o culpa en sus demás variantes.

El hecho que dentro de diversas leyes en las cuales la potestad sancionadora se encuentra consagrada, consideren el grado de intencionalidad como una medida a fin de graduar el *quantum* de la sanción asociada a la contravención, abre paso a las dudas acerca de si ésta es un requisito *sine qua non* para la interposición de ésta, ya que podría interpretarse que podría existir una sanción sin grado alguno de culpabilidad²⁰⁸.

A nuestro juicio una interpretación en tal sentido resulta errada en razón de los fundamentos expuestos, ya que al ser la culpa infraccional el status mínimo considerable, corresponde en este caso una sanción de menos entidad en relación de aquel infractor que contravino la normativa de manera dolosa o mediando un grado de culpa más intenso.

Esta solución es la adoptada explícitamente por el legislador español en la Ley de Procedimiento Común en su artículo 130.1 indicando que:

“solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de las mismas aun a título de simple inobservancia”.

²⁰⁸ El artículo 16 de la Ley 18.410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sostiene que para la determinación de las correspondientes sanciones se considerarán las siguientes circunstancias: d) *la intencionalidad en la comisión de la infracción y del grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*. El Proyecto de Ley de Bases para Procedimientos Administrativos Sancionatorios, en su artículo 9º inciso segundo indica que en la interposición de sanciones se considerarán los siguientes criterios a fin de graduar la sanción a aplicar: a) *La existencia de intencionalidad o reiteración*.

IV.2.2. Fundamento del estándar de culpa

Lo expuesto toma sentido si se tiene en cuenta la sustancial diferencia que media entre los órdenes penales y sancionatorio-administrativo. Ni los más puristas defensores de la unidad del orden punitivo estatal han intentado establecer la interdicción de responsabilidad administrativo infraccional respecto de las personas jurídicas, lo cual es uno de los dogmas del Derecho Penal²⁰⁹.

El principio romano *societas delinquere non potest*, ha sido la base para sustentar la ausencia de culpabilidad en las infracciones de sustantividad penal cometidas por personas jurídicas.

Dentro del Derecho Administrativo Sancionador los castigos pueden estar dirigidos tanto a personas naturales como a personas jurídicas titulares de deberes normativos en la ejecución de la actividad económica que desarrollen. Es a partir de este hecho que surge la necesidad de concebir la culpabilidad en este ámbito de forma distinta a la penal, dentro de un margen amplio de concepción del concepto, desde la concreción basal de la culpa in vigilando que cabe a la entidad abstracta, hasta los grados de dolo que sólo será exigible respecto a personas naturales en la medida que estas están dotadas de los rasgos psicológicos intrínsecos a esta figura. El hecho de ser admitida, tanto por la legislación como por la jurisprudencia la responsabilidad infraccional por parte de estas ficciones jurídicas, no les dota del elemento volitivo equiparable a las personas naturales, sino que sólo se afirma un tipo de capacidad abstracta de infracción a la norma.

La capacidad infractora está directamente vinculada con la actividad desarrollada, ya que para su despliegue y la consecución de los fines propios, las

²⁰⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Op Cit*, Pág. 352 señala que “el caso de las personas jurídicas somete a una dura prueba de fuego al dogma actual de la exigencia de la culpabilidad, puesto que estas personas, en cuanto que no son personas físicas, son insusceptibles de una imputación, como la culpabilidad, reservada por su propia naturaleza a los seres humanos” , PARADA VAZQUEZ, Ramón, *Op Cit*, Pág.487. señala que este es el quiebre del dogma de exigencia de culpabilidad en materia de contravenciones.

personas naturales suelen asociarse bajo la figura de entes ideales. La afectación del interés económico en cuyo nombre se han realizado las actividades, supone una mayor efectividad de la norma represora, toda vez que desincentiva la futura contravención dentro del marco teleológico de la actividad desplegada.

La aceptación del elemento culpabilidad en los términos indicados, dentro del orden de los castigos administrativos, implica la consideración de exención de responsabilidad en aquellos casos en que se configure una imposibilidad de actuar sin infracción al deber legal o a la norma tipificadora de la infracción.

IV.3. NON BIS IN IDEM

El principio penal del non bis ídem tiene por objeto impedir la posibilidad de que a un sujeto se le pueda aplicar más de una sanción en base a los mismo hechos y sobre la base de un mismo fundamento. Este principio viene a constituir una garantía del ciudadano ante la eventualidad de poder ser objeto de una punición, ya sea simultánea o sucesiva, en base a idénticos acontecimientos y motivos ya sancionados, lo cual implicaría un castigo desproporcionado de la conducta contraria a derecho.

Este principio, aún cuando no ha sido consagrado de manera textual en la Constitución, la doctrina lo infiere de los principios de legalidad y tipicidad en base al artículo 63 del Código Penal, el cual prescribe que:

“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por si mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la ocurrencia de ellas no puede cometerse”.

Asimismo se radica en el Código Procesal Penal, cuyo inciso segundo dispone que:

“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”

Constituye, a su vez, un deber de los órganos del Estado el respeto y promoción de dicha garantía, ya que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 14.7 sostiene que *nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme*; en el mismo tenor se pronuncia la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de 1969, el que en su artículo 8.4 indica que *el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por lo mismo hechos*. Ambos tratados han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

La aplicación de este principio excede el ámbito penal²¹⁰, considerándose como un principio general del derecho que subyace tras la institución de la cosa juzgada, que impide debatir acerca de aquello que fue ya fue objeto de sentencia ejecutoriada, concurriendo la triple identidad de persona (*eadem personae*), cosa pedida (*eadem res*) y causa de pedir (*eadem causa petendi*).

En materia de sanciones administrativas la Corte de Apelaciones de Temuco ha definido de manera clara el alcance del principio al establecer en Sentencia de fecha 15 de Noviembre de 2007 que:

“conforme al principio del non bis in ídem, un mismo hecho no puede tener más de una sanción, lo que conlleva a proscribir la doble sanción administrativa de un mismo hecho cuando, además, existe identidad de sujeto y fundamento. Con la expresión del mismo hecho se quiere expresar la identidad de comportamiento y de resultado, como

²¹⁰ La Corte de Apelaciones de Santiago al respecto a dicho que *la regla del non bis in ídem constituye un principio general del derecho, originado en el Derecho Penal, pero que hoy recibe aplicación en todos los ámbitos del orden jurídico, y que implica que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho*” Considerando 17º Rol 6.025-2004.

*asimismo de pena y calificación. Por sujeto entenderemos la misma persona a la cual se le cursa una sanción administrativa y quien se le inicia un procedimiento administrativo sancionador. Los hechos son los acontecimientos suscitados, que deben ser sancionados por la autoridad administrativa y los fundamentos dice relación con las consideraciones jurídicas, es decir qué actos se sancionan*²¹¹.

En cuanto a la construcción de principio *non bis in ídem* en base a la noción de triple identidad derivada de la cosa juzgada, NIETO ha señalado que su transpolación al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador presenta una serie de trabas. En primer lugar hace alusión a que en materia de responsabilidad penal, no cabe la imputación a personas jurídicas como sucede en materia de sanciones administrativas, lo cual impediría configurar la identidad de parte o sujeto afecto. En segundo término se refiere a los hechos, los cuales pueden ser descompuestos para su calificación jurídica de diversas maneras, ejemplificando lo dicho con las figuras penales del concurso ideal y real de delitos. Por último hace mención a las causas o fundamentos, indicando que cuando están en juego dos órdenes diversos, las causas han de ser, por definición, siempre distintas²¹².

El principio *non bis in ídem* se puede apreciar desde diversos puntos de vista, ya que puede mediar la doble sanción por parte de un mismo ente, la punición respecto a un mismo hecho por parte de dos órganos administrativos diversos, como así por parte de un órgano administrativo por un lado y un Tribunal Jurisdiccional por otro, sea éste laboral o penal. Aún cuando su ámbito de aplicación sea variado, ello no altera la esencia del postulado.

²¹¹ SCAp. Temuco 1464/2007, Considerando décimo octavo

²¹² NIETO, Alejandro, *Op. Cit* Pág. 402 y 403.

IV.3.1 Doble tipicidad e intereses protegidos

La tipificación de un mismo hecho como fuente de sanciones tanto jurisdiccionales como administrativas, es una opción legislativa que dista de ser extraña dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual la labor de configurar la vigencia del principio, corresponde en último término al operador jurídico encargado de aplicar la normativa. Como señala REBOLLO.

“en puridad, el principio non bis in ídem no resuelve cual de las normas aplicables debe prevalecer, sólo señala que hay que elegir una...Y no se constituye en criterio para determinar la validez o la derogación de las normas”²¹³

Un reconocimiento legal explícito en esta línea lo podemos encontrar en la Ley 18. 755 (Ley Orgánica del Servicio Agrícola Ganadero), que en su párrafo IV “Del procedimiento y las sanciones”, artículo 26, establece que:

“Las sanciones que se impongan en virtud de este título se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere corresponder al infractor,”

De lo anterior podría inferirse que la responsabilidad administrativa es de naturaleza distinta a la penal, siendo posible la doble sanción de la conducta, lo cual tiene su origen en la doble tipificación normativa de ésta en sedes diversas.

La Ley 18.045 de Mercado de Valores, en su artículo 165²¹⁴ impone una serie de deberes de reserva y abstención respecto de aquellas personas que cuenten con acceso a información privilegiada, sobre la base de cuyo incumplimiento la

²¹³ REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad Sancionadora, Alimentación y Salud Pública*, Pág. 811, en NIETO GARCÍA, Alejandro, *Op. cit.* Pág. 405

²¹⁴ En lo principal, este deber esta contenido en el inciso primero del artículo 165 de la ley: *“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizar en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada”*

Superintendencia de Valores y Seguros²¹⁵ puede imponer sanciones administrativas tales como la censura, multa hasta por monto global de 15.000 UTM, e incluso revocación de existencia de la sociedad²¹⁶. La misma ley 18.045, en su artículo 60, tipifica como delito la utilización de información privilegiada, estableciendo como pena ante el ilícito el presidio menor en cualquiera de sus grados, es decir de 61 días a 5 años²¹⁷. Esta doble punición encontraría su fundamento en la propia Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros que establece que las sociedades anónimas, así como las personas o en entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de sanciones administrativas, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios²¹⁸.

²¹⁵ El artículo segundo de la Ley 18.045 entrega a la S.V.S. la vigilancia sobre *el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, de acuerdo con las facultades que se le confieren en su ley orgánica y el presente cuerpo legal*

²¹⁶ Las multas que puede imponer las SVS a los entes sujetos a su fiscalización están contempladas en los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica de la SVS D.L. 3.538 de 23 de diciembre de 1980.

²¹⁷ **Artículo 60:** *Sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados:*

d) *los socios, administradores y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, tenga acceso a información reservada de los emisores clasificados y revele el contenido de dicha información a terceros;*

e) *las personas a que se refiere el artículo 166 que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada;*

g) *el que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otra persona, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública;*

h) *el que revelare información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública.*

²¹⁸ **Artículo 27.-** *Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones...*

Artículo 28.- *Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en*

Otro ejemplo que podría citarse, es el contenido en el DL 3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, el cual señala que será facultad de este organismo público:

“requerir de las personas o entidades fiscalizadas que proporcionen, por las vías que la Superintendencia señale, veraz, suficiente y oportuna información al público sobre su situación jurídica, económica y financiera” (artículo 4 letra g),

añadiendo que:

“Las sanciones por infringir esta norma pueden consistir en multa de hasta 1.000 UF y si se trata de infracciones reiteradas hasta 5 veces el monto máximo expresado”, es decir, 5.000 UF (artículo 28Nº2).

Luego, el mismo cuerpo legal señala que:

“Las personas que rindan informaciones falsas ante la Superintendencia incurrirán en las penas que establece el artículo 210 del Código Penal” (artículo 25 D.L.3538 de 1980)

Es decir, se trata de una situación en la cual podría producirse un cúmulo de responsabilidades administrativas y penales, cuando se impone la obligación de entregar esta clase de información y, en definitiva, sea falsa, en el caso que se trate de información dirigida al público.

Por su parte, en las leyes que regulan estas entidades fiscalizadas por esta Superintendencia, se encuentran preceptos que establecen tipos penales ante la falta de la entrega de información veraz y oportuna sobre la situación jurídica, económica o financiera, estableciendo sanciones consistentes en privación de libertad y en multas de los responsables.

Es lo que sucede en el artículo 134 de la Ley 19.046, Ley sobre Sociedades Anónimas, que establece que *“los peritos, contadores o auditores externos que*

incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones:...

con sus informes, declaraciones o certificaciones falsas o dolosas, indujeren a error a los accionistas o a los terceros que hayan contratado con la sociedad, fundados en dichas informaciones o declaraciones falsas o dolosas, sufrirán la pena de presidio o relegación menores en sus grados medios a máximo y multa a beneficio fiscal por valor de hasta una suma equivalente a 4.000 unidades de fomento”.

Igual situación se presenta en el artículo 49 inciso 1, letra a) del D.F.L. N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, que establece una sanción penal y a la vez una multa administrativa para:

“a) los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, respecto a una persona o entidad fiscalizada en conformidad a esta ley”.

Es decir, en estos últimos casos nos podríamos encontrar con personas que estando sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, estén obligadas a presentar información, y la que entreguen sea falsa. En estos casos, podrían concurrir simultáneamente la sanción administrativa por el incumplimiento de su deber de este orden, pero también podrían ser procedentes las sanciones de carácter penal, de acuerdo a los diversos tipos penales reseñados y según el tipo de entidad fiscalizada.

Dentro de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustible, el artículo 15 inciso tercero numeral 1, establece como parámetro para considerar una infracción como gravísima el hecho de que como consecuencia de su comisión se haya producido *la muerte o lesión grave a las personas, en los términos del artículo 397, N° 1° del Código Penal.*

Estos ejemplos nos demuestran que en materia de Derecho Administrativo Sancionador, el asunto central, más que respecto a la identidad de las partes o a la identidad del hecho de que se trate, se refiere en último término a los

fundamentos que tras la norma administrativa se escinden, esto es, al bien jurídico o interés que ésta busca proteger. Así, pueden concurrir tanto una sanción administrativa como una sanción de otra índole respecto a un mismo sujeto sobre la base de los mismos hechos en la medida que el interés protegido por las normas que las tipifican sea diverso.

Respecto al último precepto citado es claro que los bienes jurídicos protegidos por la norma administrativa (correcta prestación del servicio dentro de los parámetros legales) son diversos a los resguardados por la norma penal (derecho a la vida e integridad física), lo cual no implicaría quebrantar el principio del *non bis in ídem*. En cambio, en la ley de Mercado de Valores no queda claro cual sería el fundamento diverso que justificaría el doble castigo, ya que aparentemente se reconducen ambos a preservar la fe pública y transparencia del mercado²¹⁹; sin embargo, si se aprecia con rigor, podría observarse que en un caso la sanción implica una multa y en la otra una pena restrictiva de libertad, y entonces podría concluirse que el reforzamiento y cabal castigo de la conducta se vería intensificado por esta doble punición, al modo de la concurrencia de responsabilidades civiles y penales²²⁰.

²¹⁹ Con el fin dar justificación a este redundancia punitiva del legislador se ha sostenido *que el artículo 165 de la LMV describe un ilícito civil cuyo bien jurídico protegido es la igualdad informativa. Por su parte, en el artículo 60 letras d), e), g) y h), subyacen como bienes jurídicos protegidos el buen funcionamiento del mercado, la Fe Pública o del Público y la confianza de los inversionistas.* GORAYEB, Tania *Concurso de Sanciones en la Ley de Mercado de Valores y Non Bis In Indem.* <http://www.iurisprudencia.cl/2006/04/05/concurso-de-sanciones-en-la-ley-de-mercado-de-valores-y-non-bis-in-idem/> visitado 12 de Agosto de 2008. Si bien el fundamento aparece en principio como plausible, el mismo Superintendente de Valores y Seguros ha señalado que *“el bien que hay que proteger es la confianza en el mercado, ello considerando que el acceso al mercado bursátil representa para las empresas chilenas una fuente potencial de financiamiento para sus proyectos de inversión...El uso de información privilegiada mina la confianza que debe imperar en el mercado”.* Comunicado de Prensa Superintendencia ante sanciones a ejecutivos en caso D&S/Falabella.

²²⁰ Ejemplo de la posible concurrencia de la sanción administrativa y penal en esta material es el caso de sanciones impuestas a ejecutivos a causa de fusión de los conglomerados económicos D&S y Falabella, con motivo del cual la SVS, con fecha 15 de Julio de 2008 aplicó sanciones por uso de información privilegiada e infracción al deber de reserva contemplados en el artículo 165 de la Ley 18.045, hechos los cuales están siendo investigados por el Ministerio Público al ser constitutivos de delito en razón a lo preceptuado en el Artículo 60 del mismo cuerpo legal. El contenido de las sanciones aplicadas puede ser revisado en http://www.svs.cl/sitio/sanciones/sanciones_cursadas_mes.php

IV.3.2. Criterios de supremacía y especialidad

En ordenamientos comparados, se ha buscado dar una solución al problema de concurrencia de tipificaciones, dando preeminencia a una de las vertientes del poder punitivo sobre la otra. Así, dentro del derecho español se ha optado por hacer prevalecer a la jurisdicción penal por sobre la potestad sancionadora, ya que la administración, conociendo de conductas que pudieren revestir carácter de delito, deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público y suspender el procedimiento administrativo²²¹, lo cual ha sido precisado por la jurisprudencia constitucional española que en STC 77/1983 ha consagrado que:

“La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autonomía judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una administrativa vaya a resolverse a favor de la primera”, señalando “la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionatorios en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”.

Esta preeminencia se extiende al efecto que la sentencia judicial tiene sobre pronunciamientos posteriores de los órganos de la Administración, en razón que:

“unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, donde la cosa juzgada despliega un efecto positivo, por un lado, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y, un efecto

²²¹ Para fundamentar esta tesis NIETO *Ob cit.* Pág 425 y ss. menciona la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que en su artículo 114.1 dispone que “*promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose si lo hubiera, en el estado que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*”. Lo cual se habría extendido a la Administración, generado la dictación de normas como la Ley de Consumo que en su artículo 32.2 indica que “*La instrucción de causa penal ante los tribunales de justicia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción*”.

*negativo, por otro, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema*²²².

Como se ve, este considerando no hace exigible la responsabilidad administrativa cuando haya recaído sanción penal, mediando la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento²²³.

En el Derecho Italiano, la respuesta a los casos de doble sanción sobre el mismo hecho está contenida en el artículo 9.1 de la Ley 689/1981²²⁴, al precisar que:

“Cuando un mismo hecho esté castigado por una disposición penal y por una disposición que prevea una sanción administrativa, o bien por una pluralidad de disposiciones que prevean una pluralidad de sanciones administrativas, se aplicará la disposición especial”

Dentro de nuestro derecho, no existe una decisión inequívoca sobre este punto. El artículo 175 el Código Procesal Penal, en su letra b), preceptúa que los fiscales y los demás empleados públicos están obligados a denunciar, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal, de los delitos de que en el ejercicio de sus funciones tomasen noticia, especialmente, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos²²⁵. De este modo los funcionarios de los órganos del estado dotados de potestades sancionadoras están sujetos al deber de denuncia obligatoria, aún cuando este

²²² Sentencia de 30 de enero de 1981 citada en PARADA, Ramón, *Ob. Cit. Pág 502 y 503*,

²²³ El artículo 5º inciso primero del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio De la Potestad Sancionadora (REPEPOS) señala que *“El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concorra además identidad de sujeto y fundamento”*.

²²⁴ En NIETO, Alejandro, *op.cit.* pág. 413.

²²⁵ **Artículo 175: Denuncia Obligatoria.** *Estarán obligado de denunciar:*

b) Los fiscales y los demás funcionarios públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos.

Artículo 176: Plazo para efectuar la denuncia. *Las personas indicadas en el artículo anterior deberán hacer la denuncia dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal.*

artículo nada dice sobre el destino de los procesos administrativos que se inicien en caso al ser el hecho constitutivo de contravención.

Sobre este punto puede darse nota de lo que sucede en materia tributaria. El Código Tributario, dentro del título denominado “Del procedimiento para la aplicación de sanciones”, contempla en su artículo 162 inciso 3^o²²⁶, los pasos a seguir en casos de concurrencia de multa (sanción a infracción administrativa) como pena corporal (sanción a ilícito penal). El mentado precepto entrega al Director del Servicio la facultad discrecional de interponer querella, denuncia o enviar antecedentes al Director Regional a fin de que aplique la multa correspondiente a través del procedimiento administrativo previsto en el Código del ramo²²⁷. El inciso cuarto del artículo en cuestión, estatuye que una vez iniciado

²²⁶ “Artículo 162.- Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director. En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código.

Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena corporal, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querella o enviar los antecedentes al Director Regional para que aplique la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior.

La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querella o denuncia. En tal caso, el Director Regional se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia.

La interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Director Regional para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.

El Ministerio Público informará al Servicio, a la brevedad posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inciso primero.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre alguno de esos delitos, el Servicio los solicitará al fiscal que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querella, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”

²²⁷ El propio Ministerio Público ha considerado que con este artículo asimila la naturaleza de la acción pública a aquellas que su ejercicio requiere de la instancia previa del ofendido, decidiendo

el procedimiento administrativo podrá presentarse denuncia o querrela. En dicho caso, el Director Regional deberá declararse incompetente para seguir conociendo del asunto cuando se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia. El inciso siguiente, el quinto, por su parte, previene que la interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados, así como tampoco inhibirá al Director Regional para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.

De lo dicho se puede apreciar que de no mediar la querrela o denuncia por parte del Servicio de Impuestos Internos, este podrá sustanciar el procedimiento administrativo, aplicando la sanción administrativa correspondiente, aún cuando los hechos sobre cuya base se ha pronunciado dicha resolución sean constitutivos de delito tributario.

En materia de Mercado de Valores la solución parece ser muy similar toda vez que el artículo 58 de la LMV, ubicado dentro del Título XI “De las Sanciones”, dispone que:

“la Superintendencia (de Valores y Seguros) aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos que los rigen y de las resoluciones que dicte conforme a sus facultades, las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley”; asimismo, el inciso tercero del mencionado artículo establece que *“cuando en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la Superintendencia tomen conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos señalados en los artículo 59 y 60 de esta ley, salvo en lo referente a la conducta ministerial de sus subalternos, el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código Procesal Penal, sólo se*

el Servicio el inicio de la investigación criminal, constituyéndose como requisito de procedibilidad para la investigación y sanción de los hechos constitutivos de delitos tributarios, la correspondiente presentación de denuncia o querrela. Oficio N° 296 de fecha 20 de Julio de 2002 de Fiscal Nacional a Fiscales Regionales y Adjuntos del país sobre modificaciones dispuestas por ley N° 19.806 sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno, al Código Tributario, Ley Orgánica del S.I.I. y Ley de IVA.

contará desde que la Superintendencia haya efectuado la investigación correspondiente que le permita confirmar la existencia de tales hechos y de sus circunstancias, todo sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones”.

No existe preeminencia de la sanción penal por sobre la administrativa, en razón a que aún cuando los mismo hechos sean constitutivos de delito, la sanción administrativa será procedente, lo cual se encuentra avalado por el principio de subsidiariedad del Derecho Penal. No puede proclamarse en esta materia un postulado similar al imperante en la doctrina, legislación y jurisprudencia española de paralización del procedimiento administrativo hasta pronunciarse el tribunal sobre el mismo hecho, y posterior sometimiento de la decisión administrativa a la judicial. Por el contrario, la práctica demuestra que las sanciones administrativas en materias especializadas suelen ser más apropiadas que las penales toda vez que los órganos encargados de aplicarlos poseen una mayor preparación técnica y conocimiento sobre las actividades que regulan.

En materias económicas, la función que cumple el castigo infraccional, al consistir, ya sea en la cancelación de la persona jurídica infractora o multas que pueden alcanzar montos significativos, suele ser más adecuada a la finalidad preventiva que en primer término debe motivar a toda norma sancionatoria, en razón a que no podrá ser aplicable la sanción penal a un persona jurídica o, en su defecto, será remitida pagando una multa menor. El objetivo retributivo que se expresa una vez constatada la contravención, junto con la reparación civil procedente, es a nuestro juicio más exacto mediante la punición que aplica la administración. La pena criminal viene a configurarse, en los casos de doble castigo sancionatorio/penal (como el caso de la Ley 18.045), en una especie de sanción accesoria que puede proceder o no según se aprecie que en su aplicación ha mediado un bien jurídico diverso. Esta opción adscribe a criterios de especialidad reseñados en el párrafo anterior, concordante con la solución del Derecho Italiano citado precedentemente.

IV.3.3. Reseña jurisprudencial

Si bien la construcción del principio *non bis in ídem* en su corporeidad administrativo sancionadora se ha creado a partir de su manifestación penal y el contraste que entre ambos se observa, se ha señalado que su despliegue supera a los casos en que nos encontremos ante una sanción penal y una sanción administrativa. Nuestra jurisprudencia no es fértil en cuanto a ofrecer fallos que contengan un contraste entre estas dos manifestaciones punitivas. Por el contrario, podemos localizar fallos que tratan el tema de las sanciones administrativas y judiciales en materias como la laboral, a partir de las cuales podemos dar notas de ciertos rasgos relevantes.

La Corte Suprema en fallo de fecha 26 de Mayo de 2008, conociendo de sanciones en materia laboral, ha indicado que aún cuando un mismo hecho motive dos infracciones, ello no constituye *per se* una trasgresión al principio *non bis in ídem*, en razón a que si una empresa incurre en una conducta que se sanciona por la autoridad administrativa fiscalizadora y, a su vez un tribunal la sanciona, en esta situación pueden proceder ambos castigos si las dos infracciones que se configuran tienen distinta naturaleza, pues lesionan bienes jurídicos distintos, de manera que pueden coexistir la multa administrativa y la impuesta por un tribunal²²⁸.

²²⁸ SCS 1116/2008, Para llegar a la conclusión indicada, la Corte indicó en su considerando sexto que: "... el motivo de la multa cursada por la Inspección del Trabajo a la denunciada fue haber ejercido ilegalmente la facultad del artículo 12 del Código del Trabajo. Concretamente, respecto del trabajador señor Flores, ya que atendida su calidad de dirigente sindical, ello requería que existiese caso fortuito o fuerza mayor, constatándose que ello no ha ocurrido. b) En la presente causa, el motivo de la denuncia es la afectación de la libertad sindical, por medio de una práctica discriminatoria de la denunciada que afecta al dirigente sindical, consistiendo dicha práctica en el cambio de funciones por el trabajador, efectuado unilateralmente por la empresa, sin motivo legítimo c) Porque si bien es cierto, el hecho que motiva ambas infracciones es el mismo, no es menos cierto que de él emanan infracciones de diversa naturaleza que lesionan bienes jurídicos diversos. En efecto la multa administrativa se ha cursado por haber infringido el artículo 12 en relación con el artículo 243 del Código del Trabajo, es decir, por haberse ejercido ilegalmente la facultad del *ius variandi*, en tanto que la presente denuncia se ha entrabado por cuanto este hecho denunciado se estima constitutivo de una práctica antisindical de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código del Trabajo...f) Así las cosas, cabe concluir que se trata de infracciones

En sentencia de data inmediatamente anterior, en sentido aparentemente contrario, el mismo Tribunal ha determinado que.

*“Si la Inspección del Trabajo considera que se trata no de un simple despido de una trabajadora aforada, sino de alguna conducta atentatoria a la libertad sindical y, por ende, constitutiva de una práctica antisindical, no debió aplicar una multa considerando los hechos como una infracción laboral común, sino proceder de inmediato a una denuncia como tal. En nada altera lo concluido el que se trate en la especie de sanciones tipificadas en forma separada, ya que lo cierto es y así debe primar, que los hechos respecto de los cuales ya se hicieron efectivas la multas, son los mismos que ahora se pretenden sancionar”.*²²⁹

De lo expuesto en la sentencia precitada se puede extraer la idea de que una sanción por unos mismos hechos, independientemente del órgano administrativo o judicial que proceda, tiene el efecto de inhibir una posterior decisión retributiva respecto de los mismos hechos. Este es el alcance del principio como se ha señalado al inicio de este capítulo. Lo que marca la diferencia entre uno y otro fallo es que en el primero los sentenciadores estiman que tras las normas sobre cuya base se sanciona, existe un interés protegido diverso, mientras que en la segunda dan por sentado que no existe diversidad de fundamento, partes y presupuesto fáctico, primando la norma especial²³⁰.

La vigencia del principio del *non bis in ídem* se extiende tanto a la relación sanción administrativa-sanción jurisdiccional, como respecto a dualidad de castigos infraccionales, provengan o no de un mismo ente como ha tenido

de distinta naturaleza y que lesionan diferentes bienes jurídicos, por lo que no existe doble sanción al seguirse la presente causa contra la empresa denunciada.”

²²⁹ Este párrafo pertenece al considerando séptimo de la Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 08 de enero de 2008, conocida en Casación en el fondo por la Corte Suprema que por fallo de fecha 09 de Abril de 2008 rechazó dicho recurso por considerar que *la aplicación que los jueces del fondo han hecho respecto del principio non bis in ídem, conforme al cual han concluido que no resulta procedente sancionar a la empresa denunciada por los hechos invocados, por haber sido ya sancionados, mediante la aplicación de multas impuestas por la Inspección del Trabajo, resulta procedente y acorde con lo que este Tribunal ha resuelto en la materia”* (considerando tercero SCS 1167/2008

²³⁰ *“En realidad no están prohibidos todos los casos de doble castigo: es necesario para que se entienda vulnerado el non bis in ídem, que los dos castigos se impongan por los mismos hechos, a la misma persona y con el mismo fundamento”.* REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Op. cit.* Pág. 38.

oportunidad de establecer la Corte Suprema, en sentencia de fecha 24 de Julio de 2000. En esta ocasión el Tribunal fue enfático en indicar que los deberes específicos que implicaren una modalidad de cumplimiento de un deber general, no podían ser objeto de una doble sanción por parte del ente administrativo encargado de imponerlas, no obstante su doble tipificación. Cosa distinta sucede de mediar diversas conductas infraccionales tipificadas que constituyan por separado modalidades de concreción del deber genérico, donde cabe la posibilidad de sancionarlas por separado²³¹.

En síntesis, podemos concluir que la tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial en la materia es sostener la diversa protección de bienes jurídicos que una y otra órbita jurídica protegen, de modo de aceptar el cúmulo de responsabilidades.

Este podría configurar un argumento más en el sentido de construir una naturaleza jurídica diversa respecto de las sanciones administrativas y penales, poniendo nuevamente en duda- como ha sido la tendencia en este obrar a insinuar- la supuesta incontrovertible unidad y generalidad del aparato punitivo estatal.

Los criterios del *non bis in idem*, aún cuando oblicuamente, tienden a apuntar en ese sentido.

²³¹ Este es el contenido de lo fallado por la Corte Suprema en causa rol 4404/2005 *Vigésimo primero*: *Que en lo concerniente a la alegación, también esgrimida por la reclamante en el sentido de que la resolución impugnada la habría sancionado tres veces por un mismo hecho, vulnerando con ello el principio jurídico del non bis idem, cabe advertir que semejante aseveración carece de asidero, pues los antecedentes de autos, reseñados en los referidos fundamentos octavo a undécimo de este fallo, permiten configurar con claridad tres infracciones distintas, que aquella resolución sanciona, respectivamente, en sus apartados a), b) y c). Consta, en efecto, que A.G.S.A., en su calidad de empresa integrante del C.D.E.C. S.I.C., incumplió la normativa eléctrica, mediante conductas omisivas que constituyen en cada caso una transgresión independiente, como lo fueron el incumplimiento de la obligación de coordinar la operación de las instalaciones con las demás empresas interconectadas para preservar la seguridad del servicio; la falta de coordinación en el desprendimiento de consumos en los puntos que lo requerían para regular la frecuencia eléctrica y evitar así la caída del sistema; y la falta de información completa y oportuna sobre los antecedentes del corte de suministro generalizado, requerida por la S.E.C.;*

IV.3.4. Relaciones de sujeción especial.

Se trata esta materia en acápite aparte, dado que en este ámbito el principio *non bis in ídem* posee rasgos especiales²³². Respecto a las sanciones disciplinarias que la Administración aplique a sus miembros estarán en juego intereses públicos que van más allá de los intereses o bienes jurídicos protegidos en las normas de carácter penal²³³. Los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones deben observar ciertos principios como el de probidad, establecido en artículo 55 letra g) de la ley 18.834 Estatuto Administrativo y en el artículo 7 de la Ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado. Tal principio lo que se busca preservar en primer término es la buena función y marcha del servicio²³⁴. Por esto es que el organismo podrá hacer uso de sus atribuciones correctivas independientemente de la imposición de una pena criminal en base a los mismos hechos, lo cual viene a ser consagrado en el artículo 18 de la Ley 18.757 al señalar que:

“El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.”

²³² “La prohibición de doble castigo tiene una matización en los casos de sujetos sometidos a relaciones de sujeción especial, sobre todo en los casos de funcionarios. Normalmente se acepta que puedan sufrir un castigo previsto con carácter general para cualquier persona que realice ese delito y además la sanción administrativa prevista para los funcionarios” REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Op. cit.* Pág.39

²³³ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho Penal. Parte General 1995*, Editorial Marcial Pons, Pág. 72 “las relaciones del Derecho Penal se distinguen de las del Derecho disciplinario en que éstas tienen siempre el cometido de mantener una determinada organización capaz de funcionar, mientras que el Derecho penal debe hacer posible la vida en su conjunto”. Pág. 73.

²³⁴ En palabras de Jakobs la “Función de las medidas disciplinarias es asegurar el funcionamiento de las organizaciones respectivas en tanto que subsistemas del estado frente a las perturbaciones provenientes de los miembros de la organización”. *Idem cit.* NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo I, Tercera Edición*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, P. 35. indica que “El Derecho Penal tiende a la defensa del orden jurídico público general, teniendo en mira la protección de los bienes jurídicos vitales, en tanto el Derecho Penal Disciplinario solamente procura asegurar el orden interno y la estructura jerárquica del servicio o corporación determinada que lo aplica. El fin de ambos derechos es, pues, diferente.

Esta opción legislativa se ve reforzada en el ámbito de disciplina militar, quizás su expresión más palmaria, visto el artículo 433 del Código de Justicia Militar, cuyo texto señala que:

“Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometido al ejercicio de la acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir delitos”.

Dentro de la doctrina nacional, la opinión generalizada es la de compatibilidad entre las sanciones disciplinarias y administrativas²³⁵, en base a lo cual podría indicarse la naturaleza diversa de las sanciones que en uno y otro orden se impongan. Si bien esta es la tendencia mayoritaria, aún hay aspectos que se prestan a discusión, como se puede apreciar en el contenido del voto de minoría del fallo 191/2007 del Tribunal Constitucional, que sobre la base de lo expuesto por ASTROSA HERRERA²³⁶ ha señalado que:

“Por un mismo hecho pueden imponerse sanciones penales y disciplinarias a la vez porque constituyen elementos diferentes...aun cuando no pueden coexistir la responsabilidad penal y la disciplinaria por un mismo hecho cuando primero se hubiere perseguido la responsabilidad penal y se hubiera condenado al responsable”²³⁷.

A nuestro parecer, la doctrina mayoritaria es la correcta en razón a que los bienes jurídicos que fundan la norma son diversos en uno y otro orden. De este modo, si con el castigo penal no se compensa la dañosidad de la conducta en lo referente al correcto funcionamiento del órgano, queda una parte residual

²³⁵ POLITOFF LIBSCHIT, Pedro, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Pág. 82 “No rige al respecto el principio de la cosa juzgada ni el principio non bis in ídem, es decir, la sanción disciplinaria y la pena penal no se excluyen recíprocamente”. NOVOA MONREAL, Enrique, *Op. Cit.* P. 36, manifiesta que “unas y otras son independientes y que una condena o absolución criminal no excluyen la posibilidad de imponer al funcionario una medida disciplinaria en razón a los mismos hechos, así como un castigo disciplinario no obsta a la aplicación posterior de una pena por la misma falta.

²³⁶ AROSTA HERRERA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, P. 593*

²³⁷ Hay prohibición del bis in ídem con preeminencia del orden penal.

disciplinaria que cabe satisfacer por medio de la interposición de la sanción disciplinaria.²³⁸

IV.4. PRESCRIPCION

El hecho que dentro de nuestro ordenamiento no exista una legislación que regule de forma unitaria el régimen jurídico aplicable a las sanciones administrativas, implica en su tratamiento una serie de lagunas que se han intentado superar, principalmente por la vía de la analógica a las figuras penales.

Aún cuando en ciertos sectores específicos, se han establecido plazos de prescripción tanto para las infracciones como para las sanciones, se mantiene la interrogante en lo relativo a aquellos ámbitos en los que no existe norma aplicable, duda la cual se acentúa al ver que la Ley de Procedimiento Administrativo no contempla una norma general en este sentido. Una primera opción, radicalmente positivista, implicaría razonar que al ser la prescripción una obra eminentemente legal, en los casos que no se encuentre prevista, el intérprete carece de la facultad para crearla por vía analógica. No serían aplicables las normas de prescripción penales sobre faltas o simples delitos en razón a que el artículo 20 del Código Penal establece q las sanciones administrativas no se reputan como penas²³⁹.

Tal tendencia fue superada, en base a los siguientes razonamientos literalizados en el Dictamen N° 28.266/2007:

²³⁸ JAKOBS, Gunther, *Op. Cit.* P. 74.

²³⁹ Esta opinión se encuentra contenida en Dictamen N° 35.991 de 1982, en virtud del cual el hecho de que en una materia determinada, como la sanitaria, no se encontrasen reguladas expresamente figuras tales como la prescripción, implica que ella no resultaba aplicable respecto de las multas que imponga la autoridad sectorial para sancionar las infracciones de la ley cuyo control le compete, fundando tal parecer en la idea según la cual las disposiciones de derecho público son de derecho estricto y en ningún caso susceptibles de aplicación analógica.

“La interpretación estricta que se postula como propia de las normas de derecho público debe primero distinguir el contenido de estas normas, de modo que sólo se interpreten restrictivamente aquellas que se refieran a las atribuciones de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, o limiten las potestades estatales, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República. Por ello, ya sea que se considere que las reglas sobre prescripción limitan las potestades sancionadoras del Estado -puesto que las acotan a su efectivo ejercicio dentro de cierto plazo-, ya sea que se estime que ellas conciernen a los derechos de las personas -en cuanto dejan su esfera de intereses a salvo del poder sancionador-, es indudable que tales reglas también se deben aplicar en aquellos ámbitos sectoriales en los que el silencio o las omisiones del legislador no las han considerado”

El germen de esta postura se encuentra en el Dictamen 50.013 bis de 2000, que sentó el criterio de adherir a la tesis que concibe a la potestad sancionatoria del Estado, en su faz disciplinaria, como una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que es junto a la potestad punitiva de Estado una de las manifestaciones del *ius puniendi* estatal, de lo cual deriva que los principios del derecho penal le son aplicables²⁴⁰.

Sobre la base de este precedente, apoyado en la doctrina que apoya dicha tesis, y haciendo referencia al fallo 244/1996²⁴¹, el mismo órgano, mediante

²⁴⁰“ Puntualizado lo anterior, debe anotarse que, tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su Dictamen N°50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario. Extracto Dictámen 14.571/2005

²⁴¹ En nuestro país, Enrique Cury Urzúa sostiene, a propósito de los ilícitos gubernativos (administrativos), que la diferencia respecto de los penales es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la sanción penal. Respecto del ilícito disciplinario, este tratadista señala que, dada su integración dentro del género del ilícito administrativo, son aplicables las mismas razones dadas recién para afirmar que entre aquél y el penal no existe sino una diferencia de grado (Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 78). En el mismo sentido se han manifestado Ramiro Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas, quienes, después de señalar que “tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado” -Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas “Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)”, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 8, julio 2003, p. 286-, agregan que “la

Dictamen 14.571/2005, con motivo de la inexistencia en la ley 18.140 de disposiciones que regulen la prescripción, reafirma el criterio de unidad del *ius puniendi*, al hacer extensivas analógicamente las normas acerca de prescripción que rigen para las faltas penales, a sanciones administrativas interpuestas por la autoridad sanitaria²⁴².

El Dictamen 28.266 por su parte, sostiene que:

“resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes de otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, tal como ocurre en materia sancionatoria en cuanto a la irretroactividad de las normas, al principio ‘non bis in idem’ y al principio ‘pro reo’, entre otros”,

para luego afirmar que tanto derecho penal y derecho administrativo sancionador deben necesariamente someterse a un mismo estatuto garantístico.

Si bien se hace mención a la necesidad de admisión de matices respecto de los principios limitadores del *ius puniendi* en materia sancionadora, admitiendo mayor discrecionalidad, la cual no puede implicar su total desaparición, se propugna que la diferencia entre las dos sectores es sólo cuantitativa *puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducida, que por razones de conveniencia y de política legislativa se ha encargado a la Administración.*

*identidad material o sustantiva entre las sanciones penales y las administrativas [es] la vía racional y justa para establecer las reglas básicas a las cuales debe sujetarse tanto el establecimiento legal como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración” (p. 288). El criterio antes reseñado ha sido igualmente recogido por el Tribunal Constitucional en fallo del 27 de diciembre de 1996, rol N° 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, el que sostuvo en su considerando 9° que “ los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.*

²⁴²*En tales condiciones, atendida la inexistencia de una norma especial que regule la prescripción de las infracciones en la materia a que se refiere la presentación de la especie, la consideración del principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 del Texto Supremo, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, esta Contraloría General debe concluir que para la aplicación de las sanciones que administrativamente disponga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ese organismo debe tener en consideración las normas pertinentes sobre prescripción establecidas en el Derecho Penal.*

Como fundamentos para su aplicación se consideran el hecho que la Constitución en su artículo 19 N° 3 establece la igual protección en el ejercicio de los derechos, en su artículo 19 N° 2 prohíbe el establecimiento de diferencias arbitrarias, lo cual se configuraría de ofrecer al imputado por delitos la posibilidad de que su responsabilidad se extinga por la prescripción, y no así a quien es acusado en sede administrativa de cometer una contravención²⁴³. Del mismo modo se suele aludir que la aplicación en materia de infracciones y sanciones administrativas de las normas del Código Penal sobre prescripción se deduce del principio de la seguridad jurídica, frente a la necesidad de excluir la incertidumbre que generaría una indefinida posibilidad persecutoria de las infracciones y ejecutoria de las sanciones. La Corte Suprema ha hecho aplicable el plazo de seis meses estipulado en el artículo 97 referente a las penas de falta en lo atinente a la prescripción de sanciones impuestas en sede administrativa²⁴⁴. Esta es la tendencia seguida en lo sucesivo por la jurisprudencia administrativa, la que al advertir que el Código Sanitario no contempla normas sobre prescripción de las infracciones y sanciones, analógicamente les aplica las estipuladas para los delitos de falta²⁴⁵.

Esta tesis, tiene la virtud de otorgar una suerte de regulación general a aquellos casos en que no se encuentre expresamente consagrada la institución de

²⁴³ Dictamen CGR. N° 28.226 de 22 de Julio de 2007. 6..., *dado que el artículo 19, N°3 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas "la igual protección en el ejercicio de sus derechos", amparo que en la especie se verifica mediante la existencia de normas expresas sobre prescripción, y comoquiera que el artículo 19, N°2 de la misma Carta prohíbe establecer diferencias arbitrarias al respecto, como ocurriría si se entendiera que esa protección sólo alcanza a los imputados por delitos, excluyendo a los infractores administrativos, es forzoso concluir que las normas sobre prescripción del Código Penal son aplicables a las sanciones administrativas, tanto al señalar el plazo dentro del cual ellas se extinguen, como el ordenar sea declarada de oficio, aun cuando el interesado no la alegue (artículo 102 del mismo Código)*

²⁴⁴ Sentencia Corte Suprema en causa rol 1813/2005 de fecha 28 de abril de 2005, declara la prescripción de pena interpuesta por Autoridad Sanitaria, por haber transcurrido en exceso el plazo que en atención a su naturaleza prescriben los artículos 97 y 98 del Código Penal. .

²⁴⁵ Dictamen CGR. N° 28.226 de 22 de Julio de 2007, N° 30.070 de 01 de Julio de 2008 " *Al respecto, como quiera que el Código Sanitario no contiene normas expresas que regulen la prescripción de las infracciones a esa normativa, ni la de las sanciones impuestas por la autoridad sanitaria, resultan aplicables las reglas generales que en esta materia establece el derecho común, esto es, que unas y otras prescriben dentro del término de seis meses que los artículos 94 y 97 del Código Penal, respectivamente, establecen para las faltas*".

prescripción tanto para la contravención como para el castigo administrativo. A nuestro entender, tal solución dista de otorgar una solución satisfactoria. Al revisar los plazos de prescripción establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, su artículo 33 preceptúa que la infracción prescribe transcurrido cuatro años desde hubiese terminado de cometerse el hecho penado o de ocurrir la omisión sancionada, mientras La acción de cobro de una multa prescribe en el plazo de dos años desde que se hizo exigible. El Código del Trabajo, en su Título Final, se refiere a las Sanciones y la Prescripción, en su artículo 478 inciso final, el que señala que:

El plazo de prescripción que extinga las acciones y derechos a que se refieren los incisos precedentes, será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles.

El hacer extensible el plazo de seis meses de prescripción penal dispuesto para delitos y penas constitutivas de falta, pasa por alto que el monto de las multas asociadas a este tipo de delito es muy menor en comparación a los que traen aparejados las multas aplicadas en sede administrativa²⁴⁶. Al igual que en el Derecho Penal, en primer término sería prudente establecer una escala de montos a fin de que las infracciones más graves prescribiesen en un espacio de tiempo más prolongado mientras q las menos graves en uno menor. Tal solución ha sido trazada por la jurisprudencia española aduciendo que el plazo de dos meses (plazo de prescripción de delitos de falta en dicho ordenamiento) es demasiado breve y con él se corre el riesgo de desatender los intereses públicos, para luego

²⁴⁶ A modo de ejemplo la sanción cuya prescripción se debatía en la Sentencia de la Corte Suprema señalada precedentemente ascendía al monto de 300 UTM, mientras que dentro del Título III Libro I del Código Penal referido a las faltas la multa más alta contemplada asciende a 12 UTM en caso de hurto mediando reincidencia dos o más veces por parte del responsable (Artículo 494 bis inciso cuarto). Para reafirmar lo dicho respecto a sanciones aplicadas por la SEC, éstas pueden ascender hasta las 10.000 UTM, no sería aplicar mismo plazo de prescripción que a una multa de 1 UTM. Como indica NIETO GARCÍA, Alejandro *Op. cit* Pág. 467, no se trata ya de aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, sino que de un precepto legal concreto.

consagrarse en la Ley de Procedimiento Administrativo Común²⁴⁷²⁴⁸. Igual idea es la que recoge la legislación alemana que establece una escala gradual que va de seis meses a tres años para la prescripción de las infracciones, y de uno a tres años para la prescripción de la ejecución de las sanciones, según el monto de éstas²⁴⁹.

La consideración del Derecho Penal como derecho supletorio, implica la preeminencia de los criterios y normas del Derecho Administrativo como primera fuente a fin de cubrir las lagunas del Derecho Administrativo Sancionador, por lo cual parece más acertado un plazo más próximo a los establecidos en las legislaciones sectoriales mencionadas previamente, por tratarse de sanciones e infracciones administrativas.

Una opción próxima a este criterio podría derivarse de lo dispuesto en el artículo 10 del Proyecto de Ley que establece las Bases de Procedimientos Administrativos Sancionatorios; toda vez que si las leyes respectivas no establecen plazos de prescripción, las infracciones prescribirán en dos años de cometidas, mientras que respecto de las sanciones impuestas, éstas prescriben en tres años desde la notificación del acto sancionatorio firme²⁵⁰. No obstante lo

²⁴⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro *Op. cit.* Pág. 467, cita la Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 9 de Marzo de 1988 la cual reza que *“Es improcedente aplicar a las infracciones administrativas- en la hipótesis de la prescripción- el plazo de dos meses establecido para las faltas penales en el respectivo Código, aunque, en honor a la verdad, no haya más remedio que reconocer que, debido a ciertas vacilaciones jurisprudenciales, no han faltado sentencias en este sentido. Trasladar un plazo tan breve como es el de dos meses, justificado en las faltas penales por la levedad de las mismas, por la concurrencia de una simple homonimia, esto es por la no bien denominada denominación de faltas administrativas a las infracciones de este campo, es dejarse arrastrar por lo superficial, desentendiéndose del fondo de las instituciones. Porque sería absurdo e ilógico que altos valores a defender, como lo son la sanidad pública, la práctica del juego, y otros muchos tan importantes, dependieran en su defensa de una inacción administrativa tan breve, lo que en la práctica representaría que la mayoría de las infracciones-leves, graves y muy graves- quedarán en la más completa impunidad.*

²⁴⁸ **Artículo 132.1** *“Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que establezcan. Si estas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán en tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.”*

²⁴⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro *Op. cit.* Pág. 468.

²⁵⁰ **Artículo 10.-** *Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.*

indicado, dado el amplio margen dentro del cual puede discrecionalmente la administración fijar los montos de las multas y grado de las sanciones, parece más adecuado y justo una graduación similar a la contenida en la legislación española.

Si las leyes respectivas no establecen plazos de prescripción, las infracciones prescribirán a los dos años de cometidas y las sanciones impuestas, a los tres años desde la notificación del acto sancionatorio firme.

La prescripción de la infracción se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionatorio, desde que el presunto responsable sea notificado de dicha circunstancia conforme a la ley.

La prescripción de las sanciones aplicadas se interrumpe con el inicio del procedimiento de ejecución, desde que el sancionado sea notificado de dicha circunstancia conforme a la ley.

V. SÍNTESIS FINAL A MODO DE CONCLUSIONES

I METODOLÓGICAS.

1.- El punto de vista jurídico, a nuestro entender, es normativo, hermenéutico y compulsivo. Normativo, puesto que asume la posición del partícipe, y no del observador; hermenéutico, pues no reconoce criterios empíricos de verdad, sino que solo pondera buenas razones con el objeto de maximizar la razonabilidad; y compulsivo, puesto que la decisión institucional se impone a los afectados por la fuerza.

2.- El punto de vista normativo, entonces, reconoce su legitimación a partir del equilibrio entre la deferencia a la decisión política y la evaluación crítica que de ella efectúan los ámbitos de autonomía individual. El resultado de dicho ejercicio de legitimación es inexhaustivo, toda vez que concede espacio para la oferta moral en busca de persuasión. Sin embargo, la medida de dicha inexhaustividad es también un asunto propio del punto de vista jurídico, por lo que en ese sentido la compulsividad se manifiesta como autorreferencia del propio sistema jurídico.

3.- Podríamos definir el derecho a castigar del Estado o *ius puniendi estatal*, como el poder-deber (la función) de declarar como punibles determinados hechos a los que les impone penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas, con el objeto de proteger la respectiva norma de comportamiento.

4.- El paradigma clásico de legitimación del *ius puniendi*, discurso heredado de la Ilustración y el Constitucionalismo, postula que los Derechos Fundamentales constituyen el marco normativo para el control judicial de su ejercicio. Son éstos, entonces, los que funcionan como esquema normativo limitativo del derecho a punir del Estado en forma de discurso justificatorio negativo, y solo negativo.

5.- Se observa, sin embargo, un cambio de paradigma en dicho discurso justificatorio, en términos de pasar a ser la potestad punitiva del Estado no un peligro sino un medio de protección de los DDFF, derivando de éstos no ya prohibiciones de ejercicio, sino deberes de punición. Ésto, de dos modos; primero, concibiendo a los DDFF como deberes positivos de protección dirigidos al Estado, y no ya solo como prohibiciones de afectación. Y también, discurso heredado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerando la intangibilidad de los derechos individuales como fin de protección, consolidando correlativos deberes de punición dirigidos al Estado.

6.- Sin embargo, creemos que ningún argumento de legitimación positiva de la potestad punitiva del Estado puede compensar la infracción de un principio limitador, de modo que los criterios normativos negativos de legitimación no están sujetos a ponderación con criterios positivos.

7.- Existe una correlación puramente intuitiva entre norma de comportamiento y sanción, que no es necesaria sino puramente funcional, pues la sanción es una forma usual de aseguramiento de la vigencia de una expectativa normativa (norma de comportamiento), pero no analítica.

En este sentido, podría concluirse que, desde un punto de vista analítico, no existirían diferencias cualitativas entre norma sancionatoria y pena, siendo ésta

solamente una clase especial de sanción. Sin embargo, si aceptamos que entre ambas solo media una diferencia cuantitativa, no es menos cierto que la entidad de la diferencia de intensidad que existe entre ambas, desde la óptica de la afectación masiva de DDFD que importa una u otra, puede dejar abierta la opción a postular una diferencia cualitativa entre la potestad normativa sancionatoria general y el ejercicio del *ius puniendi estatal*, entendido este como potestad estrictamente penal, y ello por dos razones: primero, por la entidad y gran intensidad del derecho afectado- especialmente en relación con la afectación al libre desarrollo de la personalidad del destinatario de la pena-; y segundo, por la autorización de afectación también masiva de que goza la substanciación del proceso penal, en comparación al procedimiento sancionatorio administrativo.

II PANORÁMICAS.

8.- Existen dos conceptos de sanción, uno amplio y uno estricto. Amplio, si es que sostenemos que sanción administrativa es toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta por parte del administrado. *Stricto sensu*, en cambio, entenderemos por sanción aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por una Administración por la comisión de una infracción administrativa propiamente tal.

Adscribimos a un concepto estricto de sanción, puesto que nos parece ser más acorde a la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, materia que ha inspirado este trabajo.

9.- La potestad sancionatoria del Estado constituye una función teleológicamente orientada al interés público. Al desplegarla, el Estado debe obligatoriamente observar el marco legal y constitucional que limitan su obrar, así

como promover y respetar los derechos esenciales de los ciudadanos. Sin embargo, la actividad particular-especialmente la económica- ya viene, también, limitada por la CPol., que en su artículo 19 N°21 contempla, en tanto categoría de derecho individual, la libre iniciativa económica, la que deberá ejercerse “*respetando las normas legales que la regulen*”.

10.- La procedencia de dicha potestad ha sido ratificada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, aún cuando subsumiéndola en un más general y único *ius puniendi* del Estado.

Los límites constitucionales que se aplican a toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se encuentran en el artículo 19 N°3 de la CPol. Los primeros 5 incisos de dicho precepto se aplican -siendo esto pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional- precisamente a todo órgano que ejerza jurisdicción, con especial mención al contenido del debido proceso.

Son los últimos dos incisos- que establecen el principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal y tipicidad- los que plantean el problema de su posible interpretación extensiva a todo el ámbito sancionatorio y, en lo que nos interesa, al Derecho Administrativo Sancionador.

11.- Si sostenemos, como lo hace la gran mayoría de la doctrina, que las contravenciones administrativas se integran al supra-concepto de ilícito, en el marco del también supra-concepto unitario de *ius puniendi* (concepción unitaria que integra los órdenes penales y administrativo) existen diversos modos de comprender a la actividad sancionadora de la Administración dentro de un marco de respeto a los derechos individuales de los ciudadanos: la aplicación íntegra y directa de las garantías del Derecho Penal al DAS; la

aplicación supletoria; la aplicación matizada o, por último, la negación de la teoría de la importación normativa, dotando al DAS de un estatuto de legitimación propio.

12.- Sin embargo, de apoco se ha ido construyendo un nuevo esquema justificatorio propio del DAS, como indicáramos, que desarrolla su configuración- aún naciente- de modo cada vez más autónomo.

Ya CURY, en su *Derecho Penal Parte General*, sostuvo que el Administrativo solo debe estar sometido a sanciones leves, cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean al Derecho Penal.

Enseguida, tanto GLADYS CAMACHO como ROMÁN CORDERO, profusamente citados en nuestro trabajo, sostuvieron la transitoriedad de la transpolación normativa que se viene comentando. Sostuvieron, también, que el DAS no puede ser garantismo puro como el DP, y esto por cuanto aquél tiene por función primordial proteger el interés general frente al privado, que no pocas veces lo ponen en riesgo.

13.- Tanto el DP como el DAS comparten una misma lógica represiva. Ambos tipos de sanciones contradicen el proyecto comunicativo del mundo del infractor de la norma. La sanción, así, expresa que dicha afirmación es irrelevante, confirmando sintéticamente la validez de la norma cuestionada.

Sin embargo, hacemos una advertencia: la incuantificable mayor intensidad para la afectación de DDFF que supone la pena y su proceso de imputación, justifica una diferenciación analítica respecto de las demás sanciones, y abre la pregunta acerca de la aparentemente incuestionable unidad genérica del *ius puniendi estatal*.

III COMPARADAS.

14.- El Estado, en tanto representante de la comunidad jurídica, es titular único del poder político. Su objeto primordial es el mantenimiento de la seguridad jurídica y la paz social. Históricamente se ha entendido dicho poder como único y general, del cual fluyen dos vertientes principales: el DP y el DAS. La postura dominante en el derecho comparado es sostener, por un lado, tal unicidad, y por otro la coexistencia solamente de diferencias cuantitativas entre ambos tipos de sanciones.

15.- Existe un núcleo duro de normas de comportamiento que definen la identidad de la sociedad. Existen, también, una serie de normas y sanciones que se alejan de él, y que menos la definen y más constituyen regulación orgánica. Entre éstas, paradigmáticamente (aunque no necesariamente), se encuentra el DAS. Mientras más nos alejemos del centro, tanto menos necesario y tolerable resulta necesario reaccionar con violencia monopólica, del mismo modo que se haría frente a un comportamiento anti-normativo que afectare el núcleo.

16.- En un comienzo, el DAS sólo nació como un apéndice del DP, tanto así que se le llamó Derecho Penal Administrativo. Sin embargo tras su configuración autónoma, principalmente ideada por GOLDSCHMIDT, pasa a tener fines propios a alcanzar, perfectamente individualizables, para el cumplimiento de los cuales cuenta con una potestad sancionadora propia. El DAS, es en primer término Derecho Administrativo y la expresión sancionador se añade con el objeto específico de explicitar que se encuentra invadido por una lógica represiva, al igual que el DP, pero manteniendo plena autonomía e independencia respecto de éste.

Los fundadores de la disciplina, llegaron a sostener incluso diferencias cualitativas entre ambas vertientes, penal y administrativa: la segunda afectaría sólo intereses administrativos propios y no bienes jurídicos; no tendría, por consecuencia, un daño individual o cultural, sino uno específico, de derivación eminentemente pragmática; y que, por último, la infracción administrativa se agotaría en la mera desobediencia y no estaría sujeta a ningún juicio de desvalor ético.

Dichas diferencias esenciales dieron cabida para que, en los siguientes cien años de cultivo de la disciplina, se intentaran fundar diferencias o similitudes ontológicas entre sanción y pena.

Sin embargo dichos intentos fracasaron, por estar mal planteada la cuestión.

En primer lugar, porque intentar una separación estructural para fundar una disciplina del derecho autónoma es una empresa infructuosa, toda vez que éste, en múltiples casos, parte de estructuras ontológicamente similares y las regula de un modo diferente.

En segundo lugar, porque el derecho, metodológicamente, tiende a aislarse del *ser o no ser de las cosas* concentrando su campo de aplicación en el *deber ser* de las mismas, intentando no caer en alguna falacia naturalista.

Y por último, debe considerarse que la mayor o menor eticidad que una y otra sanción resguarda es una cuestión particularmente relativa, toda vez que existen aspectos del DAS de suma carga de afectación o potencial dañosidad social.

17.- Creemos, en consecuencia, por la propia epistemología del derecho, que las pretensiones naturalistas de incluir conceptos extrajurídicos (vgr. Ontológicos)

dentro de la estructura normativa es un despropósito dogmático toda vez que escapa al punto de vista jurídico.

18.- La administración se encuentra vinculada constitucionalmente con el interés común y el principio de servicialidad, lo cual se traduce en que su misión contemporánea es el aseguramiento de las reglas del juego, tanto en lo social como en lo económico, todo lo cual acentúa fuertemente su función reguladora, hipertrofiándola.

19.- Observamos un cambio en el concepto de interés general o público.

En efecto, la sociedad post moderna a transferido a ciertos particulares poderosos el dominio monopólico de ciertas áreas de conocimiento tecnificado, configurando unos espacios que, por su complejidad y extensión resultan con frecuencia impenetrables para los poderes públicos. Estos poderes, entonces, se desarrollan al margen de la regulación, puesto que resultan para ésta incontrolables. Lo cual, naturalmente pone en serio riesgo al bien común.

20.- Cabe destacar, en este sentido que la doctrinariamente mayoritaria perspectiva que se tiene acerca del DAS teórico queda obsoleta frente a esta nueva realidad, toda vez que discurre acerca de la tensión existente entre la ciudadanía y el poder estatal, de raíces y precedentes autoritarios, postulando la consagración de principios y garantías que legitimen dicho poder represivo.

Postulan, como se vio a lo largo de nuestro trabajo, la importación de las garantías penales al ámbito administrativo en forma completa, matizada, excepcional o supletoria, según las diversas posturas. Sin embargo, la óptica post-moderna del DAS debe evitar centrarse en esa antigua discusión, puesto que la

tensión contemporánea se da entre los particulares expertos, especialmente poderosos y autorregulados y todos los demás, expuestos a sus arbitrariedades. Luego, la misión de la ciencia administrativa es dotar de principios de legitimación propios y autónomos al DAS, que justifiquen su exceso sancionatorio y regulatorio.

Cabe sumar a esto la incuantificable menor intensidad de afectación de DDFF en relación al DP, junto con la potencial dañosidad social del ejercicio de poder sin límite de particulares autorregulados, escenifican un nuevo DAS, con reglas propias.

El reemplazo del principio de legalidad por el de cobertura legal con apoyo reglamentario avanza en ese sentido.

IV DOMÉSTICAS

21.- Sin embargo, existe numerosa doctrina chilena que aún no sólo discurre en la órbita obsoleta ya descrita, sino que lo hacen desde una perspectiva extrema. Generalmente amparados en el pensamiento tomista, temen del Estado de forma casi fóbica y, consecuentes con ello, ni siquiera dedican un párrafo de su trabajo a describir la situación que hemos analizado. Un capítulo de la obra se dedicó, *in extenso*, a poner en evidencia su estructuras de pensamiento, y a poner de relieve, con especial énfasis, el campo de aplicación de su postura política anti-Estado, que no pocas veces los hace perder su capacidad dogmática. Esta doctrina niega la legitimidad material del DAS por considerarlo derechamente inconstitucionalidad o, admitiéndola como un (lamentable) hecho irrefutable, niegan su legitimidad material propia y postulan la aplicación directa e irrestricta de los principios y garantías del orden constitucional que rigen el ámbito de poder del DP.

Existen, por último, quienes postulan la legitimidad propia, exclusiva y excluyente del DAS, de orden directamente constitucional, sin necesidad de importar ámbitos normativos de legitimación que le son ajenos, aún cuando los aceptan provisoriamente, por analogía, con el simple objeto de integrar sistemáticamente una laguna legal.

22.- En este sentido, ensayando la empresa de dotar al DAS de legitimidad propia, a lo largo de la obra se han aportado diversos matices que buscan dicho objetivo desde diversas perspectivas.

Aquí, con todo, cabe agregar una propia de la hermenéutica constitucional.

AGUERREA MELLA, insigne representante de la doctrina que niega legitimidad propia al DAS, y que reclama, consecuentemente, aplicación directa de los principios de legitimación del DP, ha efectuado una interpretación de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, de manera de concluir, de acuerdo a la historia fidedigna de la Ley Fundamental, en tanto argumento histórico, que los incisos 7° y 8° del artículo 19 N° 3 de la CPol, que consagra los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y tipicidad, serían íntegramente aplicables al DAS.

Esto, pues en las sesiones 113 y 116 de la Comisión se habría llegado a un acuerdo entre los comisionados para el futuro precepto constitucional, y que, sin embargo, se habría dejado su redacción y discusión definitiva para otro momento, considerándose que debería discutirse dicho tema junto con el estatuto del derecho de propiedad, por, sostenían, encontrarse ambos profundamente ligados.

En consecuencia quedaría demostrado que la intención del constituyente fue la importación total y directa de aquellos fundamentales principios. Sin embargo la posterior discusión nunca se materializó y, a la inversa, la redacción final coincidió con el primer anteproyecto del comisionado señor SILVA, en el sentido de adoptar la tesis restringida que omite la transpolación de dichas normas penales al ámbito sancionador administrativo. De hecho la redacción final habla de

penas, y en virtud del artículo 20 del Código Penal las sanciones administrativas no se reputan penas, disposición que los comisionados tenían a la vista.

A mayor abundamiento cabe agregar, que los parámetros de interpretación de la ley se encuentran medianamente acotados entre los artículos 19 a 24 del Código Civil el que, por no existir regulación especial, rige la materia, según su propio artículo 4.

Dentro de estos artículos, si cabe extraer alguna conclusión acerca del sistema hermenéutico que rige en Chile, es la prioridad de los elementos con mayor carga institucional respecto de los de menor carga, de modo de establecer una primacía dogmática a la tesis interpretativa que cuente con mayores y más sustanciales arreglos institucionales (peso específico) respecto de la que ostenta menos.

Es en este sentido, sin duda, que la tesis restrictiva cuenta con mejores argumentos: de una lado, los artículos 1º, 18º y 20 º del CP, la avalan y, de otro, el argumento histórico también: es precisamente la formulación inversa de la de AGUIRREA la que aparece como institucionalmente como mejor formulada, en tanto en cuanto la redacción final del precepto es similar a la correspondiente al anteproyecto del comisionado señor SILVA quien, como sabemos, era partidario de mantener la autonomía de ambas disciplinas y restringir al ámbito exclusivamente penal, los referidos principios de irretroactividad, tipicidad y legalidad.

V DOGMÁTICAS

23.- La aplicación del principio de legalidad penal al ámbito de las sanciones administrativas carece de sustento legal y constitucional. No se infiere de las disposiciones que lo contienen en los últimos incisos del artículo 19 número 3 de la C.Pol, ni tampoco de norma legal alguna, siendo una creación eminentemente jurisprudencial. Es más, las sanciones que imponga la administración no se reputan penas según el artículo 20 del Código Penal. Las disposiciones que

entregan potestades sancionadoras a los órganos de la Administración del Estado suelen consagrarla ante las infracciones a normas legales como reglamentarias, así como a normas de rango inferior como las instrucciones y ordenes que impartan los entes fiscalizadores en el sector de su competencia.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad consagrado en los citados numerales de la C.Pol. es aplicable a la actividad sancionadora de la Administración, pero aceptando la colaboración reglamentaria en la definición precisa de los tipos infraccionales, con la condición de que estén precedidos jerárquicamente de una ley que describa las conductas debidas y sancionables, dotándola de la suficiente cobertura legal en el sentido de definir el núcleo esencial de la conducta.

En este punto, la entrada del reglamento, lejos de suponer una violación al principio de reserva legal, permite alcanzar en mejor modo la seguridad jurídica, restringiendo los espacios de discrecionalidad administrativa, al especificar las sanciones que dentro de cada grado corresponderá a las diversas infracciones.

24.- Los Tribunales Superiores de Justicia han llevado a cabo una jurisprudencia más avanzada que a partir de la exigencia de la necesaria cobertura legal han admitido la colaboración de normas técnicas y circulares en la determinación específica de las conductas infraccionales.

Una correcta interpretación de las facultades sancionadoras de la administración debe realizarse teleológicamente a partir de los bienes jurídicos que se busca proteger por las disposiciones sectoriales, primando la tutela del interés general por sobre el particular, quedando a salvo la posibilidad de revisar en sede judicial la legalidad y constitucional de la sanción aplicada.

25.- Al sostenerse que dentro del DAS las personas jurídicas pueden ser titulares de responsabilidad infraccional con motivo de la comisión de

contravenciones, no cabe asimilar la culpabilidad penal a la administrativa sin las necesarias adecuaciones. Las personas jurídicas cuentan con capacidad infraccional sancionatorio administrativa y les será imputable el ilícito si su conducta contraviene el deber legal de cuidado que se le impone en salvaguarda del interés colectivo que la norma busca proteger. La responsabilidad en el campo de las sanciones administrativas no es de carácter objetivo, sino que se asimila a la culpa infraccional que se concreta en la conducta culposa y negligente que conlleva la inobservancia de las prescripciones. Si bien este estándar de culpa es el basal a fin de hacer compatible el principio, las graduaciones más estrictas de culpa hasta el dolo no son fenómenos ajenos al DAS, en razón a que las personas naturales son potenciales sujetos pasivos de las sanciones.

26.- La vigencia del principio non bis in ídem dentro del DAS tiene como trasfondo una concepción acerca de los bienes jurídicos que subyacen las sanciones administrativas y las penas o, en otras palabras, una concepción acerca de la naturaleza jurídica de unas y otras. Esta propuesta de análisis va más allá del contraste con lo penal, extendiéndose a toda manifestación sancionatoria, ya sea administrativa, laboral, etc. El parámetro a observar a fin de establecer si procede o no el doble castigo debe apuntar al análisis de los bienes jurídicos tutelados, que de ser diversos, no dan lugar a la trilogía partes, hecho y fundamento, por variar este último.

En este sentido, si el resultado del citado análisis determina que sanciones y penas tutelan bienes jurídicos diversos, como lo ha hecho buena parte de la escuálida- jurisprudencia que ha tratado el tema, debe concluirse que ambas respuestas normativas presentan también diferente naturaleza jurídica, con lo que se debilita la tesis, hasta el momento un verdadero dogma doctrinal y también jurisprudencial, de que el *ius puniendi* estatal es único y genérico. Se abren, en definitiva, dudas analíticas respecto de la similitud estructural de ambas figuras sancionatorias.

27.- Pero incluso sosteniendo la tesis tradicional, la del aquel genérico y único *ius puniendi*, del cual sanciones administrativas y penas son solo manifestaciones del mismo, y donde entre ambas solo reinan diferencias cuantitativas que comparten una misma naturaleza, dentro del ordenamiento jurídico chileno no existe sustento a fin de establecer una supremacía del orden penal por sobre el administrativo, en cuanto al mantenimiento de una u otra potestad represiva, en el caso de haber aplicado el test del *non bis in idem* y éste haya establecido la doble punición. Es más, dada la especialidad de las normas administrativo sancionadoras y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, resulta mas aconsejable incluso la preeminencia del orden infraccional, aun cuando la resolución de dicho test debiese estar fundada en el efecto de la sanción o pena a aplicar, a la luz de la protección del interés colectivo resguardado.

28.- En cuanto a las relaciones de sujeción especial, se admite de manera generalizada la doble punición en base a los mismo hechos sobre la base que las medidas disciplinarias tienen por objeto resguardar el buen funcionamiento del servicio en su seno interno y la sujeción al principio de probidad administrativo, mientras que las sanciones penales asociadas buscan proteger la fe publica, el patrimonio del fisco y la recta administración del estado.

29.- La fórmula de aplicación analógica de los principios y normas penales al DAS tiene la virtud de dotarlo de una regulación supletoria ante las amplias lagunas que presenta, pero sin embargo presenta la desventaja de ser poco realista y operante a la luz de sus particulares y contemporáneas necesidades. La aplicación de los plazos de prescripción de las faltas penales a las infracciones administrativas resultan al parecer demasiado breves, y no parecen tampoco ajustarse a los montos de las multas en juego ni a la gravedad que puedan presentar las contravenciones cometidas. Al observarse los plazos contenidos en normas sancionatorias especiales, por ejemplo, suelen obtenerse plazos de

prescripción mayores al establecido para las faltas. La solución correcta va en la línea de establecer una escala de prescripción que, como el modelo penal, tenga en cuenta la gravedad de la infracción.

30.- Creemos útil volver a reiterar, para terminar, que es posible y necesario redefinir el estatuto de legitimación propio del Derecho Administrativo Sancionador, e invitamos a la comunidad científica jurídica experta en la materia que se anime a ir en esa dirección. Por nuestra parte, a ensayar sus bases fundamentales es a lo que nos dedicamos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUERREA MELLA, Pedro, *El estatuto constitucional de la penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.*, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2005.

ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *Bienes Jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la Administración*, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago 2005

AROSTA HERRERA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado*. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, P. 593

ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *Las relaciones entre la Pena administrativa y la sanción penal*, intervención en Ponencia IV Jornadas de Derecho Eléctrico, Santiago, 1995.

ARANCIBIA MATTAR, Jaime: *Control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico*, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2005.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Un Lustró de Sanciones Administrativas (1988-1992)*, Revista Derecho Publico N° 50, p. 173 y ss.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Sanciones administrativas y prescripción*, en *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2005.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, SOTO KLOSS, Eduardo, MENDOZA ZUÑIGA, Ramiro, ARANCIBIA MATTAR, Jaime, AGUERREA MELLA, Pedro, ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, GOMEZ DE PEDRO, María Esther, *Conferencia Universidad Santo Tomás de Aquino, Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2005.

BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ED. Bosch, Barcelona, 1998, pp 236.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La Unidad del Derecho Sancionador*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, y BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2001.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *Derechos Fundamentales y derecho Penal*, publicado on-line bajo el siguiente link: islandia.law.yale.edu/sela/sbascunan.pdf.

BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *Material de lectura para la cátedra de Derecho Penal III*, primer semestre, año 2005, material sin editar.

BENTHAM, Jeremy, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, en *Bentham (antología)*, (ed. J Colomer), Barcelona, Península, 1991.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Elementos para definir las sanciones administrativas*, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso. Número Especial (1998), p. 323 y ss

BUSTOS RAMIREZ, Juan *Obras Completas, Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Área Editores, 2006.

CAMACHO CEPEDA, Gladys *La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora*, Revista de Derecho Público N° 69, 2004.

CARMONA SANTANDER, Carlos, *Curso de Derecho administrativo, material de lectura II, El Derecho Administrativo Sancionador*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, material sin editar, 2008.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II, Santiago, 2004.

CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, publicada en Revista de Administración Pública N° 160, 2003.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio, Los tipos penales administrativos en la Ley 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales, Vol III/N° 3, octubre-diciembre 2001.

FELIÚ S., Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopólicos*, Revista Actualidad Jurídica, facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, Nº1, Enero 2000, 83.

FERNANDOIS V. Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *Las potestades y Privilegios de la Administración*. Revista de Derecho Universidad Austral, Valdivia, Vol. XX- Nº 2- Diciembre 2007 páginas 69-94.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho Administrativo*, IIª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo, Volumen II, Parte general*, 11ª Ed., Editorial Technos, Madrid, 2002.

GORAYEB, Tania *Concurso de Sanciones en la Ley de Mercado de Valores y Non Bis In Idem*. <http://www.iurisprudencia.cl/2006/04/05/concurso-de-sanciones-en-la-ley-de-mercado-de-valores-y-non-bis-in-idem/>

JAKOBS, Ghunter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993.

JAKOBS, Ghunter, *Derecho Penal. Parte General 1995*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

JAKOBS, Ghunter, *Sociedad, Norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas, Madrid, 1996 Traducción de Manuel Cancio Malía.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5º Ed. Corregida y ampliada, Ed. Comares, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, España, 1998.

LUHMANN, N., en *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Tr. F. Vallespín). Alianza, Madrid, 1994 Y OFFE, C, en *Contradicciones en el Estado de Bienestar* (ed. De j. Keane, Tr. A. Escotado). Alianza, Madrid, 1998.

MANZANEDO, M, *El comercio exterior en el Ordenamiento positivo español*, Tomo I, Madrid, 1968.

MATTES, H., *Problemas de Derecho penal Administrativo: Historia y Derecho Comparado*, traducido por José Rodríguez Devesa, 1ª edición, Edersa, Madrid, 1979.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Notas sobre Potestad Sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad*, Revista de Derecho Público N° 67.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tercera Edición Ampliada, Ed Tecnos, 2002.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

PARADA VELAZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General* Tomo I, Editorial Marcial Pons, Decimoquinta edición, 2004.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997.

QUINTERO OLIVARES, G. *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal*, Revista de Administración Pública, núm. 126.

REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad Sancionadora, alimentación y salud pública*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIEDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, ARMIJO BUENO, Antonio, *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España, Los derechos y las garantías de los ciudadanos*, Ed. Socio-Jurídica, Bogotá Colombia, 2005.

ROMAN CORDERO, Cristián, *El principio de A-Legalidad en el Derecho Administrativo –posmoderno- Sancionador*, Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, año 2006.

ROMAN CORDERO, Cristián, *Los principios de Derecho Administrativo Sancionador*, Revista de Derecho Público, N°69 año 2006, 42.

ROSANVALLON, Pierre, *La crisis del Estado Providencia*. Civitas, Madrid. 1995.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte general*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1997.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, Revista de Derecho Público, Volumen 62.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 1ª edición, cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Sancionador Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes*, 4º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

SUAY RINCÓN, José, *Derecho Administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

SOTO KLOSS, Eduardo: *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia. El “solve et repete” y el Estado de Derecho*, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago 2005.

SOTO KLOSS, Eduardo, *El Derecho Administrativo Penal*, en *Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la administración*, Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N°s 44 y 45 (1979-1980)

SOTO KLOSS, Eduardo, Comentario a Sentencia Corte Suprema de 24 de Marzo de 1992 en Revista Derecho y Jurisprudencia tomo 89, año 1992.

SOTO KLOSS, Eduardo *La potestad sancionadora de la Administración, se adecua a la Constitución?*, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, regulación y nuevo intervencionismo, Conferencias Santo Tomás de Aquino, editorial Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1996, 29.

VALDES PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

VEGARA BLANCO, Alejandro, *Principios del ius puniendi* que debe respetar la SEC* <http://www.editec.cl/electricidad/Elec76/articulos/vergara.htm>. visitado el 16 de Agosto de 2008.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol 11 N°2 (2004)

