



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN  
ADMINISTRATIVA DE MULTA COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD A MODO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD**

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

**Catalina Alejandra Baeza Marras**

**Joaquín Andrés Lepe Vergara**

**Profesor guía: Augusto Quintana Benavides**

Santiago de Chile

Junio, 2020

## **AGRADECIMIENTOS**

**Catalina**

A mis dos mamás y dos papás, para ustedes, eterno amor.

**Joaquín**

A mi familia, por su apoyo incondicional (Any, José Miguel, Vale, Lina y Rosy)  
También, agradezco a mis amigos Martín, Agustín y Clarita.

## INDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	<b>9</b>
<b>CAPITULO I. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.</b>	<b>13</b>
A) CONCEPTO AMPLIO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.	13
B) LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL.	18
<b>CAPÍTULO II. PRINCIPIOS QUE FORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.</b>	<b>28</b>
A) CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN ÚNICO PODER PUNITIVO ESTATAL	28
B) QUÉ PRINCIPIOS CONFORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	31
C) PRINCIPIOS SUSTANTIVOS	32
(a) <i>LEGALIDAD</i>	32
(i) Concepto.	32
(ii) Aplicación en el Derecho Penal.	33
(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador	34
(i) Distinción del principio de legalidad con el principio de tipicidad.	35
(ii) El principio de legalidad y la reserva legal.	36
(b) <i>TIPICIDAD</i>	39
(i) Concepto	39
(ii) Aplicación en el Derecho Penal	40
(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo	41
(c) <i>CULPABILIDAD</i>	43
(i) Concepto	43
(ii) Aplicación en el Derecho Penal	43
(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador	44
(d) <i>IRRETROACTIVIDAD</i>	48
(i) Concepto.	48
(ii) Aplicación en el Derecho Penal	49
(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador	49
(e) <i>PRESCRIPTIBILIDAD</i>	51
(i) Concepto.	51
(ii) Aplicación en el Derecho Penal.	51
(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.	52
D) PRINCIPIOS PROCESALES	55

(a)	<i>PRINCIPIO DE UN PROCESO PREVIO, JUSTO Y RACIONAL</i>	56
(i)	Concepto.	56
(ii)	Aplicación en el Derecho Penal	56
(iii)	Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.	58
(b)	<i>PRINCIPIO DE CONTRADICTORIEDAD</i>	61
(i)	Concepto.	61
(ii)	Aplicación en el Derecho Penal.	62
(iii)	Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador	63
(c)	<i>PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD</i>	64
(i)	Concepto.	65
(ii)	Aplicación en el Derecho Penal.	65
(iii)	Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.	66
(d)	<i>NON BIS IN IDEM</i>	67
(i)	Concepto	67
(ii)	Aplicación en el Derecho Penal	68
(iii)	Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador	69

### **CAPÍTULO III. LA FORMA TRADICIONAL DE CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**

---

A)	LA POTESTAD DISCRECIONAL	72
(a)	<i>Concepto de la potestad discrecional.</i>	72
(b)	<i>Las características de la potestad discrecional</i>	75
(c)	<i>Clasificaciones de la potestad discrecional</i>	76
B)	DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	77
C)	EL CONTROL JUDICIAL Y LA DISCRECIONALIDAD.	79
(a)	<i>El control judicial en el derecho nacional</i>	80
(b)	<i>Alcances del control judicial.</i>	80
(c)	<i>Técnicas de control judicial de la discrecionalidad.</i>	85
(i)	Control por medio de los elementos reglados	86
a.	Conceptualización de los elementos reglado y la forma de control.	86
b.	La desviación de poder. Concepto y casos en los que procede	88
c.	La prueba del vicio de desviación de poder.	90
d.	Control por medio de los hechos determinantes	92
e.	Conceptualización de los hechos determinantes y su forma de control.	92
f.	Sistema probatorio de los hechos determinantes.	93
(ii)	Control por medio de los principios generales del derecho.	94
a.	Conceptualización de los principios	94

## **CAPÍTULO IV. LA NUEVA FORMA DE CONTROL A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 98**

A)	EL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD.	98
B)	DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.	100
	(a) <i>Robert Alexy y el principio de proporcionalidad.</i>	100
	(b) <i>Antecedentes históricos del Principio de Proporcionalidad</i>	102
C)	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	103
	(i) Países que consagran de forma expresa el principio de proporcionalidad.	104
	a. El principio de proporcionalidad en España	104
	b. El principio de proporcionalidad en la Unión Europea	105
	c. El principio de proporcionalidad en Canadá	107
	d. El principio de proporcionalidad en Latinoamérica.	107
	(ii) Países con consagración discutida del principio de proporcionalidad.	108
	a. El principio de proporcionalidad en Alemania	108
	b. El principio de proporcionalidad en Estados Unidos	110
	c. El principio de proporcionalidad en Israel	112
	(iii) Países que no consagran expresamente el principio de proporcionalidad.	113
	a. El principio de proporcionalidad en Francia	113
	b. El principio de proporcionalidad en Holanda	114
	c. El principio de proporcionalidad en Reino Unido	115
	d. El principio de proporcionalidad en otros países de Latinoamérica.	116
D)	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CHILE.	117
	(i) El principio de proporcionalidad en el Derecho Constitucional.	117
	(ii) El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal.	121
	(iii) El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo.	124
	(iv) El principio de proporcionalidad en la regulación de la potestad sancionatoria.	126
	a. Respecto a las normas que establecen rangos o márgenes para imponer una multa.	128
	b. El establecimiento de criterios objetivos de carácter legal para la determinación de una sanción administrativa.	130

## **CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES DE MULTA. 131**

A)	ANÁLISIS EN GENERAL DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES	131
	(a) <i>Contexto normativo de los criterios.</i>	131
	(b) <i>Regulación normativa de los criterios.</i>	132
	(i) Regulación legal de los criterios de graduación	132
	(ii) Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones.	139
	1) Concepto de Bases Metodológicas.	139
	2) Características de las Bases Metodológicas.	141

3)	Cuáles son las Bases existentes en nuestro ordenamiento jurídico.	143
(c)	<i>Conceptualización de los criterios de graduación</i>	145
(d)	<i>Características de los criterios de graduación</i>	149
(e)	<i>Clasificación de los criterios de graduación</i>	155
(f)	<i>Cómo se aplican los criterios de graduación</i>	156
(g)	<i>La importancia de los criterios de graduación: el Caso Cascada</i>	157
(i)	Los hechos	158
(ii)	Las sentencias del Tribunal Constitucional	160
a.	El voto de mayoría	161
b.	El voto de minoría	162
(iii)	Las reacciones de la doctrina	164
B)	ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.	169
(a)	<i>Importancia del daño causado, del peligro ocasionado o gravedad de la infracción.</i>	169
(i)	Regulación normativa del criterio	169
(ii)	Concepto del criterio	173
(iii)	Tratamiento jurisprudencial del criterio.	175
a.	Respecto al análisis de la importancia de la magnitud de la infracción.	176
b.	Respecto a los conceptos de daño causado y peligro ocasionado en la infracción.	178
(b)	<i>Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.</i>	179
(i)	Regulación normativa del criterio.	179
(ii)	Concepto del criterio.	181
(iii)	Tratamiento jurisprudencial del criterio.	187
(c)	<i>Capacidad económica del infractor.</i>	190
(i)	Regulación normativa del criterio.	190
(ii)	Concepto del criterio.	193
(iii)	Tratamiento jurisprudencial.	198
(d)	<i>Intencionalidad en la comisión de la infracción.</i>	200
(i)	Regulación normativa del criterio.	200
(ii)	Concepto del criterio.	205
(iii)	Tratamiento jurisprudencial del criterio	209
(e)	<i>Conducta anterior del infractor.</i>	211
(i)	Regulación normativa del criterio.	211
(ii)	Concepto del criterio.	218
(iii)	Tratamiento jurisprudencial del criterio.	222
(f)	<i>Número de personas afectadas</i>	225
(i)	Regulación normativa del criterio.	225
(ii)	Concepto del criterio.	227
(iii)	Tratamiento jurisprudencial del criterio.	229

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>232</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>253</b>
A) DOCTRINA CITADA.	253
B) INFORMES CITADOS.	261
C) TESIS CITADAS.	262
D) NORMATIVA CITADA.	262
(a) Códigos.	262
(b) Leyes.	262
(c) Decretos.	264
(d) Historia de la Ley.	264
(e) Bases metodológicas.	264
(f) Reglamentos Internos.	265
E) DERECHO COMPARADO.	265
F) JURISPRUDENCIA CITADA.	266
(a) Constitucional.	266
(b) Judicial.	268
(i) Corte Suprema.	269
(ii) Cortes de Apelaciones.	272
(c) Administrativa.	272
(d) Otros tribunales.	273

## ABREVIATURAS

LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, que establece las Bases Generales de la Administración del Estado.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
US EPA	United States Environmental Protection Agency o Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos
ECCA Countries	EU- Eastern Europe and Central Asia Countries o, Países de la Unión Europea, Europa del Este y Asia Central.
LOSMA	Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros



## **INTRODUCCIÓN.**

En el último tiempo, el Derecho Administrativo Sancionador ha adquirido gran relevancia. Lo anterior se debe a que, ante la proliferación de instituciones jurídicas que entran en el mercado a brindar servicios de diversas índoles (por ejemplo, servicios eléctricos, de salud, de educación) o a trabajar en nuestra economía extractiva (por ejemplo, en materias ambientales), se ha puesto en evidencia la necesidad de un derecho regulatorio que fiscalice y sancione para salvaguardar la efectividad de las políticas públicas que dichas instituciones han de respetar.

Sin embargo, lo anterior ha puesto en manifiesto el desorden normativo que existe en el Derecho Administrativo Sancionador en nuestro ordenamiento. Así, la regulación de este se encuentra dispersa y altamente tecnicizada. Lo anterior ha implicado que variadas discusiones resurjan en la doctrina y jurisprudencia nacional una y otra vez, dando cuenta que incluso los pilares fundantes de esta sede del derecho, aún no se encuentran zanjadas en nuestro ordenamiento.

En ese sentido, aún existe discusión sobre qué constituye una sanción, la dependencia o independencia del Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal, qué principios del último se han de aplicar al primero y en qué medida. En efecto, en nuestro ordenamiento y a nivel doctrinario, aún no existe una opinión uniforme sobre la constitucionalidad de la potestad sancionatoria y, cómo se han de aplicar las facultades discrecionales. Consecuencialmente, dada la disputa anterior y el desorden normativo, todavía se encuentra en discusión cómo funcionan los mecanismos de control de las decisiones de la Administración y cómo son acogidos en la jurisprudencia.

Incluso, la poca uniformidad normativa se torna más grave aún, en cuanto normas de variadas leyes sectoriales han sido actualizadas para propender hacia una imposición de sanciones con especial foco en la proporcionalidad, dejando algunas desactualizadas con disputas ante el Tribunal Constitucional.

A partir de todo lo anterior, surge la necesidad de investigar y esclarecer las bases del Derecho Administrativo Sancionador actual en Chile. También, surge la necesidad de dar cuenta de los mecanismos que ha de utilizar la misma Administración para hacer uso de sus potestades discrecionales apegándose a la legalidad. Finalmente, es menester esclarecer cómo dichos nuevos mecanismos del principio de proporcionalidad son sopesados por los jueces, el cual, además de resolver casos individuales, da luces de una pretendida comprensión integral de los nuevos conceptos jurídicos.

Teniendo presente lo recién expuesto, la presente tesis se funda en la necesidad de realizar un trabajo investigativo que entregue un orden a las materias en disputa del Derecho Administrativo Sancionador. Así, es necesario entregar un contexto a las sanciones administrativas de multa y, en específico, a los nuevos mecanismos de control de la proporcionalidad de las multas administrativas, materializados en los criterios de graduación de dichas sanciones.

Por lo tanto, el objetivo de la presente tesis es caracterizar a los criterios de graduación de las sanciones administrativas de multa como manifestación del principio de proporcionalidad y como límite al ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de los Órganos Administrativos Sancionadores.

Los criterios de graduación de las sanciones administrativas no se encuentran precisados de una forma acabada en las diversas normativas, permitiendo espacios para múltiples interpretaciones a sus conceptos jurídicos indeterminados. En ese sentido, la presente investigación tiene por fin esclarecer dichos conceptos jurídicos amplios y poco uniformes a través de las normativas, entregando una comprensión íntegra del rol de dichos criterios y el objetivo que cumple cada uno.

En la presente investigación se analizarán tres fuentes principales. En primer lugar, la regulación de las materias en el ordenamiento jurídico tanto nacional como comparado. En segundo lugar, una revisión amplia de la doctrina nacional y comparada que abarca tanto los pilares fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador como la conceptualización de

los criterios de graduación de las sanciones. Finalmente, una revisión jurisprudencial sobre la aplicación de los principios del Derecho Administrativo Sancionador en los diversos casos, con especial foco en la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones en los casos nacionales.

La presente investigación se estructura de la siguiente manera.

En el primer capítulo nos enfocaremos en proporcionar un marco teórico de la sanción administrativa. En ese sentido, se caracterizará la sanción administrativa y se expondrá la discusión constitucional sobre la potestad sancionadora de la Administración.

En el segundo capítulo, abordaremos el desarrollo que ha existido en nuestro ordenamiento sobre la consideración del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador como expresiones de un único ius puniendi. Abarcaremos las consecuencias de dicha discusión, en razón a los efectos que tienen éstas sobre la aplicación de los principios del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador. Así, teniendo dichos efectos presentes, abarcaremos en detalle los principios que establecemos que han de estar presentes en el Derecho Administrativo Sancionador, con sus diversos matices y expresiones tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador.

En el tercer capítulo, abarcaremos los mecanismos tradicionales que han existido en los diversos ordenamientos jurídicos para controlar y limitar las facultades discrecionales de la Administración. En ese sentido, partiremos por establecer qué es la discrecionalidad, sus características y las clasificaciones existentes en nuestro ordenamiento. Adicionalmente, se analizarán los mecanismos clásicos existentes en el control judicial respecto a los actos administrativos en general. Finalmente, analizaremos las técnicas de control judicial de la discrecionalidad de la Administración.

En el cuarto capítulo, estudiaremos el principio de proporcionalidad como mecanismo de control de la discrecionalidad. Para dicho propósito, abarcaremos el concepto mismo de proporcionalidad. Posteriormente, analizaremos el desarrollo doctrinario de la teoría del

principio de proporcionalidad. Adicionalmente, estudiaremos el desarrollo que este principio ha tenido en el Derecho Comparado, para así analizar las influencias que éste ha jugado en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, analizaremos la consagración del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento, abarcando la consagración en el Derecho Constitucional, en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo y en la regulación de la potestad sancionatoria.

En el quinto capítulo, realizaremos el análisis específico de los criterios de graduación de las sanciones de multa administrativa. Para ello, haremos un examen del contexto normativo de dichos criterios en nuestro ordenamiento. En efecto, abarcaremos la regulación de los criterios tanto en las normativas legales como en las Bases Metodológicas –en conjunto con la caracterización de estas-. Posteriormente, pasaremos a conceptualizar los criterios de graduación de las sanciones, examinando sus características, las clasificaciones, la forma de proceder y la importancia de estos. Finalmente, procederemos a realizar un análisis acabado de cada uno de los criterios de graduación que estimamos más relevantes dentro de nuestro ordenamiento. Así, en cada uno de los criterios destacados, se realizará un análisis normativo, un análisis doctrinario y un análisis jurisprudencial, destacando aquellos casos en los cuales nos pueden aportar para su caracterización y comprensión íntegra.

Por último, expondremos las principales conclusiones a las que hayamos arribado a través de nuestra investigación.

## **CAPITULO I. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**

### **A) CONCEPTO AMPLIO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**

La sanción administrativa se enmarca dentro de lo que se conoce como Actividad Material de la Administración. Esta es aquella en virtud de la cual la Administración interviene mediante diversos instrumentos jurídicos buscando satisfacer diversas finalidades impuesta por la Constitución y las leyes. Dentro de aquellas finalidades podemos encontrar, por ejemplo, mantener el orden público, estimular la actividad de los privados, prestación de servicios, entre otras.

La forma clásica en que se clasifica la actividad material de la Administración es en tres categorías: policía, servicio público y fomento<sup>1</sup>. Dentro de estas tres, nosotros nos ocuparemos de la actividad de policía, la cual es aquella que busca mantener el orden público, justificación última de las limitaciones impuestas por la Administración a los particulares. Así, la actividad de policía tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la legalidad y asegurar el interés público de la sociedad. Esto se traduce en dos vertientes<sup>2</sup>. De un lado, la vertiente preventiva, que busca incentivar el cumplimiento de las normas y de las regulaciones. Del otro, la vertiente correctora, que se refiere a las sanciones que la Administración impone cuando se ha infringido el ordenamiento jurídico.

Cabe tener presente que, en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de 1980 no consagró un reconocimiento expreso a la sanción administrativa en ninguna de sus disposiciones.

Como cuestiones previas a intentar dilucidar una definición de sanción administrativa, debemos tenerse presente que la doctrina ha discutido si es necesario y conveniente definir lo que es sanción administrativa.

---

<sup>1</sup> (Jordana de Pozas, 1949)

<sup>2</sup> (Cordero, 2015, pág. 461 y 462)

Por una parte, quienes intentan entregar una definición de sanción administrativa, justifican esta necesidad por las siguientes razones. En primer lugar, sostienen que es necesario diferenciar la sanción administrativa de la pena criminal. En segundo lugar, sostienen que también debe diferenciarse la sanción administrativa de los otros actos administrativos desfavorables que la Administración impone a los particulares<sup>3</sup>. Así, sólo respecto de la sanción administrativa serían aplicables las garantías constitucionales derivadas del *ius puniendi* del Estado, y no respecto de las otras medidas desfavorables que la Administración impone a los particulares<sup>4</sup>.

Por la otra, quienes sostienen que no es recomendable definir la sanción administrativa, sostienen que una definición de este concepto podría rigidizar su aplicación, dejando fuera importantes casos que sí son una sanción administrativa. Por ende, sostiene esta doctrina, que resulta conveniente mantener un concepto de sanción indeterminado (como podría ser el concepto de “*falta de servicio*”)<sup>5</sup>.

Por nuestra parte, creemos necesario entregar algunos lineamientos generales que definen el concepto de sanción administrativa. Ahora bien, al momento de dar los elementos que configuran la sanción administrativa, podemos señalar los siguientes.

---

<sup>3</sup> (Enteiche 2014, 4 a 7)

<sup>4</sup> En ese sentido lo ha comprendido nuestro Tribunal Constitucional en la STC Rol N° 2.381-2012. En ella, al discutir la aplicación de las garantías penales a los procesos en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, establece en su considerando 17° que:

*“[...] el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador. Por la razón indicada no es posible invocar en este caso la jurisprudencia de esta Magistratura que admite que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal y que, por tal motivo, hace pertinente la aplicación, con matices, de igual estatuto (STC Rol N° 1518, considerando 6°)”.*

Así mismo lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español N° 164/1995:

*“Así las cosas, ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado. Así, en la STC 239/1988, dijimos que “los postulados del art. 25 C.E. no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las STC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador”.*

<sup>5</sup> (Román 2012, 98)

En primer lugar, la sanción administrativa es un acto administrativo desfavorable, es decir, se impone un castigo a un infractor. Esto puede ser, por un lado, mediante la privación de un derecho preexistente (por ejemplo, la revocación de una autorización administrativa) o, por otro lado, como la imposición de un nuevo deber (por ejemplo, pagar una multa). Esto es lo que la doctrina ha denominado elemento objetivo.

En segundo lugar, la sanción administrativa se impone en virtud de la comisión de una infracción administrativa, es decir, debe haberse infringido un mandato establecido en nuestro ordenamiento<sup>6</sup>. Esto es lo que la doctrina denomina el elemento de la antijuricidad. Este elemento permite distinguir la sanción administrativa de otros actos desfavorables que emanan de la Administración.

Jorge Bermúdez distingue dos categorías de actos gravosos, que no son sanciones administrativas<sup>7</sup>. Por una parte, están aquellos actos gravosos que el particular debe soportar sin haber cometido una infracción administrativa, por ejemplo, las medidas de coacción directa o restauración de legalidad<sup>8</sup>, que la Administración puede ejercer en virtud de sus facultades de policía. Asimismo, dentro de este mismo grupo, encontramos los casos de caducidad<sup>9</sup> de un acto

---

<sup>6</sup> (Santamaría Pastor 2002, 381)

<sup>7</sup> (Bermúdez 1998, 324)

<sup>8</sup> La Ley de Caminos (DFL N° 850), regula en su artículo 41° la concesión a particulares. Esta norma sostiene en sus incisos finales que la Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término. Esta norma agrega que en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo. Otra destacada norma de nuestro ordenamiento jurídico donde puede apreciarse la coacción administrativa es en el artículo 178° del Código Sanitario, el cual faculta a la autoridad para ordenar en casos justificados la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos.

<sup>9</sup> La Ley General de Urbanismo y Construcciones establece en su artículo 120° que la vigencia, caducidad y prórroga de un permiso, como asimismo los efectos derivados de una paralización de obra o la ejecución de una obra sin permiso, se sujetarán a las normas que señale la Ordenanza General. Por ende, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sostiene en su Artículo 1.4.17. que el permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso.

administrativo favorable, lo cual opera en el evento de que se cumpla la condición resolutoria contenida en el acto o expire el plazo eficacia del mismo.

Por otro lado, existen consecuencias gravosas por haber cometido una infracción administrativa, las cuales no pueden ser consideradas una sanción administrativa. Por ejemplo, las responsabilidades civiles que surgen de la infracción tales como una indemnización de perjuicios. También, la obligación de reponer las cosas al estado anterior a la comisión de la infracción, como cuando se busca desarrollar una actividad sin la autorización administrativa necesaria<sup>10</sup>. Estas son consecuencias negativas que debe afrontar el infractor, pero que no pueden ser catalogadas como una sanción en sentido estricto.

En tercer lugar, la sanción administrativa debe ser impuesta por un órgano de la Administración del Estado. Este es el elemento subjetivo de la sanción administrativa el cual lo distingue de forma importante de la pena criminal, la cual es impuesta por los tribunales y sus jueces.

En cuarto lugar, encontramos el elemento formal del concepto de sanción administrativa, esto es, la sanción administrativa debe ser impuesta previa tramitación de un procedimiento administrativo. En cumplimiento de las garantías constitucionales no resulta posible la imposición de sanciones de plano.

Ahora bien, no resulta posible la dictación de una sanción administrativa mediante cualquier procedimiento administrativo. En este sentido, el procedimiento administrativo sancionador se aparta de los procedimientos administrativos generales, los cuales, como dice Luis Cordero, se caracterizan por ser desformalizados. Por el contrario, el procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento formal, que tiene la necesidad de cumplir con las exigencias de un debido proceso legal que emanan del artículo 19 N° 3 de la Constitución.<sup>11</sup> En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional desde sus inicios ha exigido un procedimiento

---

<sup>10</sup> En este sentido, la Ley General de Urbanismo y Construcciones sostiene que la Alcaldía podrá clausurar los establecimientos o locales comerciales o industriales que contravinieren las disposiciones de la presente ley, de la Ordenanza General y de las Ordenanzas Locales (Artículo 161°).

<sup>11</sup> (Cordero 2015, 506).



administrativo sancionador que cumpla con los requisitos de un debido proceso legal. Así, en la STC Rol N° 38 sostuvo:

*“24°.- Que examinada la citada parte de la letra h) del artículo 53, a la luz de las disposiciones constitucionales transcritas en el considerando anterior, debe concluirse que ella vulnera los incisos 1° y 5° del N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, porque no establece normas que le aseguren a quien resulte afectado por la resolución del Director del Servicio Electoral un justo y racional procedimiento, ya que no contempla, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar de una eventual cancelación indebida;”*

En ese sentido, ante la necesidad de un procedimiento racional y justo, que cumpla las exigencias constitucionales de un debido proceso legal, es que se han hecho extensivas las garantías penales al derecho administrativo sancionador, aplicando estas garantías “*con matices*”.

En quinto lugar, la sanción administrativa debe ser atribuida a quien puede ser considerado responsable de ésta. Jorge Bermúdez destaca que, al hablar de responsabilidad no se refiere a la culpabilidad, la cual opera en la fase de imputación. Por el contrario, la responsabilidad opera en la fase de imposición de la sanción<sup>12</sup>. En el mismo sentido, Luis Cordero sostiene que “*al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según sea el caso, quién 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 noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa*”<sup>13</sup>. En este mismo sentido se encuentra la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual ha sostenido<sup>14</sup>:

---

<sup>12</sup> (Bermúdez 1998, 326)

<sup>13</sup> (Cordero 2015, 504)

<sup>14</sup> SCS Rol N° 7131 – 2009. En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias SCS 7340-2012; SCS Rol N° 24233-2014; SCS 24563-2014; entre otras.

*“23º: Que ahora en relación a la alegación de la apelante de que en la especie se ha hecho efectiva una suerte de responsabilidad objetiva, valga señalar que ello no es efectivo.*

*Sobre el punto conviene recordar que en el caso de infracciones a las leyes y reglamentos acreedoras de sanción, ellas se producen por la contravención a la norma sin que sea necesario acreditar culpa o dolo de la persona natural o jurídica, pero esto no la transforma en una responsabilidad objetiva como quiera que ésta sólo atiende a la relación de causalidad y al daño, en cambio en aquélla el elemento esencial es la infracción a la ley y/o al reglamento, pudiendo considerarse este elemento de antijuricidad como constitutivo de una verdadera culpa del infractor;”*

Finalmente, se encuentra el elemento teleológico. Este elemento significa, en un primer término, que la sanción se distingue por la finalidad represora que persigue, es decir, una de las finalidades de las sanciones administrativas es la de reprimir una conducta contraria a derecho y reestablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor<sup>15</sup>. Al mismo tiempo, la sanción administrativa tiene por finalidad dar cumplimiento a la política regulatoria de la sociedad y velar por el interés general de esta.

## **B) LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL.**

Si bien la potestad sancionadora de la Administración se encuentra consagrada en múltiples ordenamientos jurídicos, la justificación constitucional no ha estado exenta de discusión en nuestro ordenamiento. Así, por un lado, existen autores que sostienen que la potestad sancionadora de la Administración es inconstitucional, mientras que por el otro, existen autores que defienden la constitucionalidad de ésta.

En efecto, tanto en el derecho comparado<sup>16</sup> como en la doctrina nacional, podemos encontrar doctrina que establece la inconstitucionalidad de la potestad sancionadora de la

---

<sup>15</sup> (Santamaría Pastor 2002, 381); (Enteiche 2014, 14); (Román 2012, 99).

<sup>16</sup> (García de Enterría 1976) (Parada 1972, págs. 45, 47-48 y 88-90); (Parada 1982, 20). Cabe destacar un reciente trabajo de Lucía Alarcón Sotomayor, vuelve a poner el tema sobre la palestra. Para esta autora, la regla general punitiva debe ser el Derecho Penal y no el Derecho Administrativo Sancionador. La falta de garantías, tanto materiales como formales, llevan a esta autora a creer en la conveniencia de que sea el Derecho Penal y no el Derecho Administrativo el encargado de castigar. (Alarcón Sotomayor 2014).

Administración. La justificación de esta inconstitucionalidad viene dada por la creencia en la separación absoluta y radical de los tres poderes del Estado, es decir, el legislador es la expresión de la voluntad popular de donde emana toda norma; la Administración nada más ejecuta las normas; y los Tribunales sancionan y aplican las normas a casos concretos. Fundándose en las garantías de los ciudadanos y en la necesidad de ser amparados ante la actividad del Estado, se ha esgrimido que la Administración no puede sancionar.

En nuestro derecho, especialmente influyentes en la postura de la inconstitucionalidad han sido los trabajos de Eduardo Soto Kloss e Iván Aróstica Maldonado, quienes en términos resumidos han sostenido los siguientes argumentos para justificar la improcedencia de la sanción administrativa.

En primer lugar, esta doctrina sostiene que sancionar supone juzgar. Para estos autores, nuestra Constitución establece que ‘*juzgar*’ corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley según lo dispone expresamente el artículo 76°. Más aún, esta doctrina complementa lo previamente establecido, sosteniendo que esta misma disposición establece que ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Así, al ser los órganos de la Administración quienes colaboran con el Presidente en su tarea de gobierno y administración (artículo 24° de la Constitución Política y artículo 1° de la LOCBGAE), estos se encontrarían impedidos de sancionar y castigar<sup>17</sup>. Para esta doctrina ni aunque el legislador otorgue facultades

---

En una postura distinta, encontramos lo sostenido por Alejandro Nieto, quien realiza una crítica sistémica, ya que ve con ojos críticos las influencias que el capitalismo ha tenido en las Administraciones contemporáneas. Sostiene que en una sociedad tan cerradamente capitalista como la nuestra, los grupos dominantes son los primeros interesados en que la Administración sea un interlocutor débil o tolerante, según los casos. Para Nieto, los grupos de presión tienen tal influencia que mediante tesis puristas logran influir en que diversas disposiciones no reciban aplicación, fundándose en la garantía jurisdiccional. Por eso sostiene que “*lo que caracteriza de veras a un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo que no se aplica*”. (Nieto, 1976, pág. 16 y 18).

<sup>17</sup> Al respecto, Eduardo Soto Kloss sostiene (Soto Kloss 2012, 495):

*“Si la Constitución prohíbe tajantemente al Presidente de la República ejercer funciones de juez ¿como es posible jurídicamente que el legislador pueda otorgar atribuciones para sancionar a particulares (sean personas naturales o jurídicas), o sea atribuciones para juzgar conductas y condenar (con sanciones de distinto tipo) a órganos inferiores de servicios públicos, sea por delegación (de firma o propiamente tal), sea por desconcentración? ¿Y a órganos de la Administración, como ocurre con numerosos casos v.g.r.,*

sancionadoras a órganos de la Administración, estos podrán sancionar. Así, establecen que no puede el legislador conceder facultades sancionatorias ya que la propia Constitución lo prohíbe.

En segundo lugar, el artículo 19 N° 3 de la Constitución consagra el derecho a un juez natural. Como sancionar o castigar es una materia que incumbe a los jueces y no puede ser la misma entidad que sanciona la que también acusa y dirige el proceso. Por ende, cuando la Administración sanciona, estaría actuando como una comisión especial lo cual se encuentra prohibido por esta disposición de la Constitución, ya que sería un atentado contra los principios de imparcialidad y objetividad, según dice esta doctrina<sup>18</sup>.

Del otro lado, existe doctrina que defiende la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración. Al respecto, podemos sintetizar los argumentos de esta postura en las siguientes razones.

En primer lugar, existen argumentos de derecho positivo que justifican la potestad sancionadora de la Administración. Si bien nuestra Constitución no consagra la potestad sancionadora de la Administración, tampoco la prohíbe. Consiguientemente, no puede establecerse una prohibición donde el constituyente no lo ha dicho.

---

*a Superintendentes, a Directores Nacionales, a Directores de Servicio, e incluso a órganos directivos cuyos cargos son de exclusiva confianza del Presidente de la República?. ¿No parece ello una burla a la Constitución? ”.*

Por su parte, Iván Aróstica Maldonado ha sostenido (Aróstica 1987, 72):

*“Si para mantener el orden público al PR se le han otorgado poderes preventivos -mientras media intervención judicial- y para ordenar detenciones la CP ha debido prever expresamente esa posibilidad, y para el solo caso del estado de sitio, como agrega el mismo autor, es evidente que -a falta de atribución constitucional en ese sentido- la Administración ni puede imponer sanciones, castigos o penas (autotutela declarativa), ni puede ejecutar por sí misma sus actos que, eventualmente, pudieren contener tales sanciones (autotutela ejecutiva)”.*

<sup>18</sup> Nuevamente Soto Kloss sostiene (Soto Kloss 2015, 45-46):

*“En efecto, el derecho fundamentalísimo de toda persona, y que la Constitución le reconoce, garantiza y ampara, es el derecho al juez natural, esto es ser juzgado -y en su caso ‘sancionado’- por un juez (no por un remedo de tal), que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta (artículo 19 N°3 inciso 4°). Por un juez, no por un órgano administrativo; por un juez, que es permanente, independiente e imparcial, y no por un órgano administrativo, que es por su naturaleza no permanente, desde que suelen ser de la confianza exclusiva del Presidente de la República los órganos a los que la ley ha otorgado esas atribuciones sancionadoras, o del jerarca máximo del Servicio respectivo. Puede decirse con toda propiedad jurídica que esos órganos administrativos que ejercen potestades sancionadoras no son ‘juez natural’ y, por el contrario, son propiamente ‘comisiones especiales’, esto es en una terminología constitucional casi bicentenaria para describir las antípodas de un verdadero juez”.*

Además, si analizamos los artículos 63° N° 14; 63° N° 18 y 65 N° 2 de la Constitución Política, nos damos cuenta en que es posible que el legislador otorgue potestades sancionadoras a órganos de la Administración. La primera disposición, obliga a que por ley el Presidente regule aquellas materias que la Constitución le entrega para su iniciativa exclusiva. El segundo precepto, sostiene que son materia de ley aquellos que fijen las bases para los procedimientos de la Administración. Finalmente, el tercer precepto dice que corresponde al Presidente la iniciativa exclusiva para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones. Entonces, la Administración pueda tener facultades sancionadoras, pero lo que la Constitución exige es que sea el legislador quien lo decida mediante la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En segundo lugar, existen argumentos históricos que justifican la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración a la luz de nuestra Constitución Política. En los debates en la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, resulta aún más claro que no se quiso disponer una prohibición de la sanción administrativa. Por el contrario, se reconocía esta como una potestad de la Administración. En la Sesión 113°, celebrada el jueves 1 de abril de 1975, la denominada ‘Comisión Ortúzar’ analizó la aplicación de la irretroactividad de la ley penal a la luz del artículo 11° de la Constitución de 1925. En dicha sesión, se redactó lo que es hoy el artículo 19 N°3, inciso 8° de la Constitución Política de 1980 donde se sostuvo que era necesario aplicar el principio de irretroactividad de la ley, tanto para las penas como para otros tipos de sanciones, por ejemplo, la sanción administrativa<sup>19</sup>. Es decir, a la luz del debate sobre la aplicación de este principio, se reconoció que existían distintas formas de castigo, y que la

---

<sup>19</sup> Esto queda expresamente establecido en una intervención del comisionado Evans, donde sostiene:

*“Sin embargo, la observación que formuló el señor Silva Bascuñán, mueve al señor Evans a revisar la redacción. Cree que la disposición no sólo debe operar en el ámbito de las causas criminales, que aparece excesivamente restringido —tal vez por querer interpretar la norma de una manera definitiva, la Comisión fue demasiado enfática y restrictiva—, sino que, a todo el ámbito jurisdiccional, esto es, en el campo de la administración de justicia propiamente tal, de la administración pública, de otros órganos que ejerzan jurisdicción, que impongan penas o sanciones. ¿Cómo poder decirlo?, se pregunta el señor Evans. Cree que la irretroactividad de la ley debe amparar —en la ley penal o en la ley que imponga sanción o pena— no sólo al que deba ser sometido a una causa criminal, sino al que deba ser sometido a cualquier procedimiento, de cualquiera naturaleza, que pueda terminar con una pena o sanción.”*

pena criminal no era la única forma de sancionar, sino que también existían otras, dentro de las cuales se encontraba la sanción administrativa<sup>20</sup>.

En tercer lugar, la Constitución, en su artículo 19 N° 3 ha establecido que toda sentencia de un “*órgano que ejerza jurisdicción*” debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Esta expresión abarca la potestad sancionadora de la Administración, según lo demuestra la historia del precepto; la doctrina; y la jurisprudencia.

En primer lugar, respecto a su historia, la expresión órgano que ejerza jurisdicción fue objeto de discusión en la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución. En la sesión 103<sup>a</sup>, celebrada el 16 de enero de 1975<sup>21</sup>, la Comisión discutió esta expresión. De este modo, determinó que órgano jurisdiccional es “*todo aquel que por cualquier motivo puede dictar un fallo que sea obligatorio y que tenga relación con las personas, con sus bienes, con su situación jurídica, con su estado civil, con su empleo, etcétera*”. Así, especial mención se hizo a la actividad de la Administración. Por ejemplo, el comisionado Diez sostuvo que “*la Administración, tiene competencia para juzgar situaciones de personas o de bienes que pueden tener más importancia que las sentencias de los tribunales de justicia. De modo que, en estricto derecho, la Administración está ejerciendo muchas veces una acción judicial, pues está creando derechos o condenando y aplicando sanciones que en algunos casos son tan duras como las impuestas por una sentencia judicial*”.

---

<sup>20</sup> Cabe destacar la siguiente cita del comisionado Silva Bascuñán sobre el tema:

*“El señor SILVA BASCUÑAN advierte que le produce bastante inquietud esta discusión, porque el artículo 11 de la actual Constitución ha sido interpretado, en algunos fallos, en forma que excedía o extravasaba al orden penal. Cree que el principio de que nadie debe 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, que sean del tipo de la jurisdicción criminal y, por lo 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. Le parece que, respecto de todo 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 se opera una restricción que en lugar de constituir un progreso, es un debilitamiento de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la exigencia, 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.”*

<sup>21</sup> Consultado en: [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)

En segundo lugar, la doctrina también ha analizado este precepto. Sobre el punto, el profesor José Luis Cea ha sostenido que la expresión órgano que ejerza jurisdicción, debe incluir no solo a los tribunales ordinarios y especiales, sino también a las autoridades políticas, gubernamentales y administrativas<sup>22</sup>. En el mismo sentido, el profesor Miguel Ángel Fernández sostiene que, por órgano que ejerce jurisdicción, debemos entender a “*todo órgano con competencia para pronunciar el derecho aplicable al caso que se le haya planteado, sea estatal o privado y, entre los primeros, integre o no el Poder Judicial*”<sup>23</sup>.

Finalmente, lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional aplicando el artículo 19 N° 3, ha reconocido la facultad de la administración pública para poder dictar una sanción administrativa. Así lo estableció en el caso de la “*Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad*” (STC Rol N° 124/1991). En este caso, el Tribunal Constitucional sostuvo que era acorde a la Constitución de 1980 la facultad del Presidente de la República para poder cancelar una personalidad jurídica. En otras palabras, reconoció las posibilidades sancionadoras de la Administración<sup>2425</sup>.

---

<sup>22</sup> (Cea Egaña, 1988, pág. 274)

<sup>23</sup> (Fernández González, 1999, págs. 771 - 772)

<sup>24</sup> Esta sentencia llegó al Tribunal Constitucional, producto de una inaplicabilidad presentada durante la tramitación de un recurso de protección que impugnaba el decreto que cancelaba la personalidad jurídica de la sociedad. La Corte Suprema, en la sentencia que resolvió el recurso de protección mencionado (SCS Rol N° 16868/1991), decidió acogerlo. Lo hizo, principalmente, porque sostuvo que el Presidente de la República, en el marco de la Constitución de 1980, carecía de la posibilidad expresa de cancelar la personalidad jurídica de una sociedad, cuestión que no sucedía en el marco de la Constitución de 1925.

<sup>25</sup> Junto con esta sentencia, hay que destacar la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional desarrolló a raíz de la facultad delegación que tenían los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, una serie requerimientos de inaplicabilidad se presentaron ante el Tribunal Constitucional, impugnando el artículo 116 del Código Tributario. Por medio de esta norma, se permitía que los Directores Regionales del Servicio Impuestos Internos delegaran la facultad de conocer las reclamaciones tributarias en funcionarios de sus respectivas direcciones. Esta norma fue declarada inconstitucional, pues el Tribunal consideró que dicha facultad debía ser atribuida por ley, y no era posible que fueran delegadas por medio de un acto administrativo. En otras palabras, no podían los Directores Regionales delegar en funcionarios del servicio la facultad de conocer y resolver las reclamaciones tributarias (STC Rol N° 681/2006).

Sin embargo, en lo que importa para el punto que estamos analizando, el Tribunal reconoció que la facultad de conocer y resolver las reclamaciones tributarias, que ostentaban por ley los Directores Regionales del Servicio, eran facultades jurisdiccionales. Este punto no fue objeto de controversia. El Tribunal declaró conforme a la Constitución dicha facultad. En otras palabras, para el Tribunal Constitucional es acorde a la Constitución que órganos de la Administración ejerzan funciones jurisdiccionales (considerando 16°).

En cuarto lugar, existe un conjunto de órganos privados o asociaciones que ejercen potestades de ordenación de carácter privado. Esto es lo que la doctrina ha denominado como justicia doméstica. En este sentido, el profesor Miguel Ángel Fernández ha sostenido que la locución “tribunal”, debe comprenderse en un “sentido amplio, esto es, como sinónimo de órgano jurisdiccional y no reducida al órgano judicial, incluyéndose, entonces, los órganos que ejercen jurisdicción doméstica”<sup>26</sup>.

Diversas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico reconocen las facultades que tienen diversas entidades privadas para poder imponer sanciones, castigos y correcciones a los miembros que componen dichas entidades. Desde luego, la Constitución faculta a los colegios profesionales para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros (artículo 19 N° 16)<sup>27</sup>. La resolución que dicten los colegios profesionales, resolviendo estas situaciones, podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, esta potestad correccional solamente podrá ser ejercida respecto de los profesionales que se encuentren asociados al colegio respectivo. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley (artículo 19 N° 16). En el mismo sentido, el Código Civil reconoce la posibilidad de que las corporaciones privadas puedan sancionar las infracciones que cometan sus miembros a los estatutos que los regulan (artículo 553). Esta potestad se debe ejercer a través de una Comisión Ética, Tribunal de Honor u otro organismo de similar naturaleza, que tendrá facultades disciplinarias respecto a los integrantes de la respectiva asociación, las que debe ejercer mediante un procedimiento racional y justo, respetando los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados.

La jurisdicción doméstica también está presente en diversos sectores regulados.

---

<sup>26</sup> (Fernández González, 1999, pág. 776)

<sup>27</sup> En el caso del Colegio de Abogados, este ha dispuesto diversas sanciones a los profesionales que integran el colegio. Por ejemplo, ha suspendido los derechos de colegiados (Sentencias NPR 88-12; NPR 50-13; NPR 54-13); ha instando a devolución de dinero al cliente (Sentencia NPR 54-13); ha amonestado verbalmente al colegiado (Sentencias NPR 43-11; NPR 01-13; NPR 91-13; NPR 128-13); ha dispuesto la censura por escrito del colegiado (Sentencia NPR 40-13); entre otras sanciones. Sobre las facultades disciplinarias del Colegio de Abogados se puede revisar: (Fuenzalida, 2007, págs. 141 - 145)



En efecto, en materia educacional, la Ley de Aula Segura (Ley N° 21.128) establece la obligación de que los establecimientos educacionales cuenten con un reglamento de conductas, debiendo imponer las sanciones correspondientes a quienes infrinjan las conductas tipificadas en dicho reglamento (art. 6° letra d), DFL/Educación/1998).

También, en materia de mercados de valores, se encuentran las funciones que ejerce el Comité de Buenas Prácticas.<sup>28</sup> Este se encuentra compuesto de 3 miembros titulares y 2 suplentes (denominados Primer Suplente y Segundo Suplente) elegidos por el Directorio, que duran 3 años en sus cargos, renovándose uno cada año los miembros titulares y cada 3 años los miembros suplentes, pudiendo ambos ser reelegidos indefinidamente (artículo 3, Reglamento Comité de Buenas Prácticas). Dentro de sus funciones, debe conocer y resolver los reclamos que se suscitaren entre Corredores, o entre éstos y sus clientes, o entre Corredores y la Bolsa por infracciones a los Estatutos, al Reglamento de la Bolsa, demás normativa de la Bolsa, a las normas impartidas por la CMF o a las leyes (artículo 8° letra a)). También, debe aplicar las sanciones que correspondan en conformidad al artículo 29 de los Estatutos (artículo 8 letra g)). El Comité puede aplicar las medidas de amonestación, censura y multa (tanto a los Corredores como a sus directores, gerentes, ejecutivos principales y administradores), y recomendará al Directorio la aplicación de suspensión y pérdida de la calidad de Corredor (artículo 29, Estatuto de la Bolsa de Comercio de Santiago).

Finalmente, en el marco del mercado publicitario, podemos destacar el caso del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)<sup>29</sup>. Esta es una corporación de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es regular desde la perspectiva de la ética, la actividad publicitaria nacional. Dentro de sus funciones, debe conocer y resolver, emitiendo dictámenes éticos, las denuncias por infracciones al Código Chileno de Ética Publicitaria. En estos casos se requerirá que las partes acepten someterse al juicio ético del CONAR, no siendo necesaria una aceptación expresa de quienes estén afiliados a alguna de sus organizaciones asociadas (artículo

---

<sup>28</sup> Se puede consultar esta normativa en el siguiente link:

<http://cibe.bolsadesantiago.com/SitePages/comite.aspx?title=ComitedeRegulacion&Cat=2&pdf=/ComitedeRegulacion/Normativa/Reglamento%20de%20Comité.pdf>

<sup>29</sup> Se puede revisar esta regulación en el siguiente link:

<https://www.conar.cl/sobre-conar/reglamentos-y-estatutos/reglamento-de-funciones-y-procedimientos-de-conar/>

1 letra e), Reglamento de Funciones y Atribuciones de CONAR). El Dictamen Ético del Directorio contendrá un acuerdo o recomendación sobre si las piezas cuestionadas se avienen o no con la ética publicitaria, ordenando el retiro de las mismas en caso que no se ajusten a ella. Tal acuerdo o recomendación será obligatorio desde su notificación a las partes (artículo 23). Incluso, el Directorio podrá, como medida preventiva, disponer la suspensión de la exhibición de una pieza o campaña publicitaria, mientras se resuelva la controversia sometida a su consideración, cuando la difusión de la publicidad que se impugna pueda causar un grave perjuicio al público o a la actividad publicitaria (artículo 21).

De este modo, este conjunto de entidades privadas, sin ser tribunales establecidos por la ley, pueden establecer sanciones y medidas de gravamen a sus asociados, colegiados o personas que dependen de una misma actividad o mercado. Por ende, si entidades privadas pueden establecer sanciones que restringen derechos, sin que esto sea inconstitucional, no se vislumbra inconveniente en que diversos órganos de la Administración también pueden establecer sanciones.

Finalmente, Luis Rodríguez Collao entrega una interpretación distinta al artículo 76° de la Constitución. Este autor, hace énfasis en el inciso 3°, el cual utiliza la expresión los demás tribunales, lo que se entiende por tribunales que no integran el Poder Judicial, es decir, pertenecen a otro poder del Estado. Según Rodríguez Collao, esta expresión lleva implícito que la autoridad administrativa puede legítimamente ser investida jurisdiccionalmente<sup>30</sup>.

De este modo, existen argumentos en ambos sentidos para defender la legitimidad de la sanción. Este es un debate que no se encuentra del todo cerrado en nuestro ordenamiento jurídico, ya que recientemente la jurisprudencia constitucional, a propósito de los proyectos de ley que fortalecían la Dirección General de Aguas y el Servicio Nacional del Consumidor, lo ha reabierto al afirmar que son los jueces quienes pueden resolver controversias. En efecto, el Tribunal sostuvo:

---

<sup>30</sup> (Rodríguez Collao, 1987, pág. 133).

*“Que las normas del Proyecto identificadas en el considerando 30° de esta sentencia, por las mismas razones antes señaladas, se declararán inconstitucionales. Efectivamente, todas ellas vienen a traspasar facultades punitivas, desde los tribunales de justicia o juzgados de policía local, al Servicio Nacional del Consumidor, sin que esta cesión de competencias aparezca justificada razonablemente. Si este Tribunal Constitucional no objeta el incremento de las multas que estas y otras disposiciones del Proyecto establecen; si se comprueba que con estas normas no se busca beneficiar ni siquiera a los consumidores, dado que todas las multas van en beneficio fiscal, y dado que el cambio de adjudicador de la pena implica la pérdida de una garantía judicial para los proveedores, todo lo anterior, unido, lleva a concluir que las normas referidas son inconstitucionales, por privar a los tribunales de una potestad sin motivo válido ni cuestionamiento jurídico alguno”<sup>31</sup>.*

---

<sup>31</sup> STC Rol N° 4012-2017, considerando 41°. En el mismo sentido, STC Rol N° 3958-2017, considerando 26° y 27°.

## **CAPÍTULO II. PRINCIPIOS QUE FORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.**

A partir de la discusión sobre qué constituye un procedimiento administrativo sancionador adecuado, cabe discutir cuáles son los principios que rigen al Derecho Administrativo Sancionador. Como todo, estos principios han sido objeto de diversas discusiones, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia se han pronunciado de una forma pacífica sobre cuáles son estos principios ni cuál es su contenido. En razón de lo anterior, haremos referencia a los principios más importantes del Derecho Administrativo Sancionador y las principales discusiones sobre su aplicación.

### **A) CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN ÚNICO PODER PUNITIVO ESTATAL**

Tradicionalmente se ha hablado de un ‘supraconcepto’ de un único poder punitivo estatal. El propósito de esta teoría es que al Derecho Administrativo Sancionador se le apliquen las mismas garantías que al Derecho Penal y con ello, intentar entregar un régimen único al cual acudir<sup>32</sup>. Al respecto, Alejandro Nieto sostiene:

*“[l]a idea del ius puniendi único del Estado, [...] tiene su origen y alcanza su última justificación en una maniobra teórica [...]: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior y único –un supraconcepto– en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen”.*

A pesar que el Derecho Administrativo y el Derecho Penal provienen del mismo ius puniendi, la doctrina ha concluido que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama independiente del Derecho Penal y, por lo tanto, cada una tiene su propio régimen. La consecuencia principal a la concepción de este origen común es el establecimiento de una base en donde se tengan las directrices con las correspondientes garantías para ambos regímenes, pero no una completa identificación.

---

<sup>32</sup> (Nieto 2017) p. 124.

Sin embargo, el Derecho Administrativo Sancionador carece de una regulación especial en nuestro ordenamiento, por lo que la solución a dicha carencia ha sido resuelta aplicando los principios del Derecho Penal a este, pero sólo en virtud de una urgencia por falta de desarrollo<sup>33</sup>. Cristian Maturana explica este fenómeno al disponer:

*“[p]or ello es evidente que el ejercicio de tales potestades debe sujetarse a principios. ¿Cuáles? Nada más ni nada menos que a los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Pero como estos principios no tienen aún una consistencia dogmática precisa, es menester, como medida de urgencia, atendido el paralelismo mas no subordinación entre esta rama y el Derecho Penal [...] ‘tomar prestados’ sus principios, que si cuentan con esa consistencia y aplicarlos –como pauta- al Derecho Administrativo Sancionador, aunque claro está de forma matizada [...].”*

Nuestra jurisprudencia constitucional ha reconocido que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador derivan de un mismo *ius puniendi*. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional estableciendo:

*“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;”*<sup>34</sup>

Pese a todo, esta sentencia no logró resolver todas las aristas del problema pues, como se lee, con la expresión ‘por regla general’, dejó abierta una puerta a la incertidumbre y, consiguientemente, no especifica cuándo ni cómo han de aplicarse los principios penales al procedimiento sancionador en sede administrativa. Sin embargo, posteriormente el Tribunal Constitucional aclaró la sentencia de la Ley de Caza, y estableció que los principios han de aplicarse “*con matices*”<sup>35</sup>, sosteniendo:

---

<sup>33</sup> (Maturana Miquel 2014) p.24. En el mismo sentido, (Nieto 2017);

<sup>34</sup> STC Rol N° 244. Considerando 9°.

<sup>35</sup> Asimismo, la consolidación de esta idea de principios matizados se vislumbra en el Proyecto de Ley que estableció que “[i]ndudablemente, estos principios no se pueden aplicar tal como se entienden en el derecho penal, por la especificidad propia de la sanción administrativa”. Boletín 3475-06.

*“[c]omo ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. [...]”<sup>36</sup>.*

La resolución del Tribunal Constitucional al utilizar la expresión ‘con matices’ provocó múltiples interpretaciones entre los autores nacionales. Por un lado, para Cristian Román, este cambio de terminología de ‘por regla general’ a ‘con matices’ *“constituye [...] un importante cambio jurisprudencial, pues la voz “con matices”, que emplean estas sentencias, es más restrictiva que la utilizada por la N° 244 - “por regla general”<sup>37</sup>*. Para, este autor, la expresión ‘por regla general’ no autorizarían desviaciones o excepciones al modelo penal, con lo cual, el Tribunal Constitucional habría acercado el Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal, poniendo con ello en entredicho su autonomía<sup>38</sup>. Por otro lado, para Alex Van Weezel dicha expresión *“viene a significar lo mismo”<sup>39</sup>*.

Por su parte, la Corte Suprema ha resaltado la independencia del Derecho Administrativo respecto del Derecho Penal. En efecto, en el Caso Mackenna la Corte sostuvo:

*“el recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a la desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria, de tal manera que con ello se desconozca la intención y fines que el legislador tuvo en consideración al momento de recurrir a ella para dotar de eficacia a las instituciones jurídicas que establece con ocasión de la regulación de las distintas materias”<sup>40</sup>.*

Con ello, la jurisprudencia nacional ha ido estableciendo los límites e interpretaciones que deben tener los principios penales en la especie, aplicados de forma matizada al Derecho Administrativo Sancionador, con miras a no desnaturalizar el procedimiento sancionador y hacer respetar las garantías mínimas de los intervinientes.

---

<sup>36</sup> STC Rol N° 479 de 2006. Otras sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian en el mismo sentido; Roles N°: 480; 725; 766; 1.183; 1.184, 1.203; 1.205; 1.221; 1.229; 1.518; y, 747.

<sup>37</sup> (Román Cordero 2009, p. 96).

<sup>38</sup> (Román Cordero 2009, p. 96).

<sup>39</sup> (Van Weezel, 2017, pág. p. 998)

<sup>40</sup> SCS Rol N° 1.079-2014, considerando 9°.

En conclusión, cuando se establece que se deben aplicar los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador, su contenido no ha de coincidir necesariamente con el contenido de los principios del Derecho Penal, ya que los principios del Derecho Administrativo Sancionador deben atender a las particularidades del ilícito administrativo. Sólo en caso de lagunas o silencios se aplicarán los principios del Derecho Penal que deben ser debidamente adaptados al Derecho Administrativo Sancionador<sup>41</sup>.

## **B) QUÉ PRINCIPIOS CONFORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Si bien no hay consenso sobre cuáles principios componen el régimen del Derecho Administrativo Sancionador, haremos referencia a aquellos que han sido considerados más transversalmente por la doctrina<sup>42</sup>.

Los principios que conforman el Derecho Administrativo Sancionador, los podemos clasificar en dos. De un lado, los principios sustantivos o materiales; estos son aquellos que se manifiestan a través de conjuntos de normas que proporcionan pautas de comportamiento, y con ello, entregan estándares de seguridad y certeza en el obrar de los derechos y obligaciones de los regulados. Estos principios son: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad,

---

<sup>41</sup> (Nieto García, 2017, pág. 146)

<sup>42</sup> Los diversos autores –en un ámbito nacional- han propuesto diversos listados de los principios integradores, teniendo consenso absoluto sólo en los principios de legalidad y tipicidad. Para Vergara Blanco los principios que constituyen al Derecho Administrativo Sancionador son los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, non bis in ídem, el de proporcionalidad y finalmente el de presunción de inocencia. Por su parte, Bermúdez establece que este conjunto lo configuran los siguientes; los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, non bis in ídem, reserva legal y la presunción de inocencia. Por otro lado, Luis Rodríguez Collao prescribe que los configuran los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad y prescriptibilidad. Finalmente, Cordero Quinzacara establece los siguientes principios como integradores del cúmulo; principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, personalidada, non bis in ídem, y un procedimiento previo, racional, legal y justo. Con todo, la jurisprudencia no ha pretendido entregar un lineamiento o enumeración de dichos principios, empero se ha pronunciado sobre alguno de ellos. Para empezar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a los principios de legalidad, tipicidad, y los principios de un procedimiento justo, legal, previo y racional. De lo contrario, la Corte Suprema se ha pronunciado respecto al principio pro reo, la prescripción, el principio de non bis in ídem y finalmente la irretroactividad. Por último, la Contraloría ha tenido el más amplio pronunciamiento –en comparación con los tribunales mencionados-, manifestándose respecto al principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad, non bis in ídem, proporcionalidad, prohibición de analogía, y la prescriptibilidad. (Cordero Quinzacara 2014)

prescriptibilidad y proporcionalidad<sup>43</sup>. Del otro, los principios adjetivos o procesales; estos son aquellos que garantizan el ejercicio y cumplimiento del derecho sustantivo. Estos son los principios de contradictoriedad, impugnabilidad, procedimiento previo, justo y racional, y el principio de non bis in ídem.

A continuación, se entregará un estudio somero sobre estos estos principios, haciendo breve referencia a las diferencias entre su variante penal y su variante administrativa.

## **C) PRINCIPIOS SUSTANTIVOS**

### **(a) LEGALIDAD**

#### **(i) Concepto.**

El ejercicio de una potestad implica que dicho órgano de la Administración del Estado debe apegarse a las facultades y límites que ha establecido la ley para dicha potestad. Así mismo lo concibió Adolf Merkl, quien estableció:

*“el concepto de potestad no puede entenderse alejado del concepto de legalidad, ya que es éste último la condición que posibilita cada una de las acciones administrativas. La función pública se erige, ante todo, como una aplicación directo del Derecho y, en especial, de la legalidad”<sup>44</sup>.*

En ese sentido, no podemos concebir la actividad administrativa sin el principio de legalidad, en cuanto este actúa no sólo como límite a su actuar sino también como título habilitante. De este modo, el principio de legalidad opera como una “cobertura legal de toda actuación administrativa”<sup>45</sup>.

Ahora bien, el contenido del principio de legalidad en el Derecho Administrativo

---

<sup>43</sup> En razón de que el principio de proporcionalidad es central para esta investigación, será desarrollado en el siguiente capítulo.

<sup>44</sup> (Merkl, 2004)

<sup>45</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 465)



Sancionador difiere a la aplicación del principio de legalidad en el Derecho Penal.

## **(ii) Aplicación en el Derecho Penal.**

En sede penal, este principio se encuentra regulado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. También, en el inciso primero del artículo 1<sup>o</sup><sup>46</sup> del Código Penal, y reiterado especialmente para las penas en el artículo 18 inciso 1<sup>o</sup><sup>47</sup> del mismo cuerpo legal.

La doctrina define el principio de legalidad como un límite al derecho y al Estado. Para ello, se concibe a este como sinónimo a la reserva legal de los delitos estableciéndose a la ley *“como única fuente inmediata y directa del derecho penal”*<sup>48</sup>. De este principio deriva la fórmula *“nullum crimen, nula poena sine lege”*.

Claus Roxin reconoce cuatro prohibiciones como consecuencia de ello. En primer lugar, se establece una prohibición de analogía, esto es, no es posible sancionar conductas por vía del argumento de semejanza si el respectivo no está suficientemente determinada en una ley previa. En segundo lugar, hay una prohibición al derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, dado que los delitos y sus respectivas penas deben ser establecidas mediante una ley escrita y previa. En tercer lugar, la ley no es retroactiva con excepción a que esta sea más favorable al acusado. Finalmente, se prohíben las leyes penales y las penas indeterminadas<sup>49</sup>.

Esto ha sido establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al sostener que *“el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento.”*<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> El artículo 1° establece que *“es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”*.

<sup>47</sup> El artículo 18° establece que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*.

<sup>48</sup> (Politoff Lifschitz, 2003, pág. 93)

<sup>49</sup> (Roxin, 1997, págs. 140-141)

<sup>50</sup> STC Rol N° 2897

En suma, en el Derecho Penal no existe posibilidad de penar ninguna conducta que no esté contemplada y desarrollada por el propio legislador.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador**

El principio de legalidad se encuentra reconocido en diversas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Desde luego, deriva de los artículos 6º y 7º de la Constitución, en cuanto los órganos de la Administración deben su acción conforme a ésta y a las normas dictadas conforme a ella. Además, su actuación sólo será válida cuando actúen en la forma que prescribe la ley. También, el artículo 19 N° 3, inciso 8º, en cuanto establece que ningún delito se castigará de forma diferente a lo que la ley señale. Finalmente, la LOCBGAE (Ley N° 18.575), establece en su artículo 2º, que los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

En el derecho nacional se han entregado diversas definiciones de este principio.

Por un lado, algunos resaltan los límites que supone el principio de legalidad, como Eduardo Soto Kloss<sup>51</sup> quien sostiene que el principio de legalidad no es más que *“la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”*. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce la aplicación del principio de legalidad, siendo este un índice de previsibilidad para los regulados, al establecer que *“tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las castiga estén previamente determinadas en la ley”*<sup>52</sup>.

Por otro lado, otros autores enfatizan la calidad de título habilitante que tiene el principio de legalidad. En este sentido, Jorge Bermúdez<sup>53</sup> sostiene el principio de legalidad *“establece que la potestad sancionadora de la Administración podrá ser ejercida cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley”*. En el mismo sentido, Luis Cordero Vega sostiene que *“el principio de legalidad de la sanción administrativa está integrado por*

---

<sup>51</sup> (Soto Kloss, Derecho Administrativo, 1996, pág. p. 25)

<sup>52</sup> SCS Rol N° 20380-2019, considerando 9º.

<sup>53</sup> (Bermúdez Soto, 1998, pág. 329)

*dos elementos materiales (infracción y sanción) y uno formal (el procedimiento), de modo que éste sólo puede ser ejercido por aquellos órganos que lo tengan atribuido expresamente por la ley”*<sup>54</sup>. Finalmente, Raúl Letelier argumenta que el principio de legalidad es una “*regla de distribución de competencias*”<sup>55</sup>.

Según Alejandro Nieto, es necesario distinguir dos elementos normativos del principio de legalidad para poder comprender a cabalidad la evolución que éste ha tenido y cuál es la concepción deseable que ha de tener en sede administrativa. Por una parte, el mandato de tipificación, el cual exige dos elementos. De un lado, el de *lex previa*, con lo cual se pretende una seguridad jurídica con respecto a las conductas que se van a sancionar, y así, los sujetos puedan saber *ex ante* cuáles serán aquellos comportamientos que tendrán asociada una sanción. Del otro, que esta *lex previa* sea cierta, esto es, que exista una precisión normativa tal que se reduzca en la mayor medida el margen de interpretación que tiene la Administración. Por la otra, la necesidad de una reserva legal. Según Nieto la necesidad de una reserva legal no es más que “*una trasposición del sistema penal que se extiende sin más al administrativo sancionador con secuelas múltiples y contradictorias*”<sup>56</sup>. Lo anterior resulta del todo relevante en cuanto, en lo que se refiere a materia sancionatoria administrativa, a diferencia de lo que sucede en materia penal, encontramos un alto porcentaje de la determinación de las infracciones y sanciones en sede reglamentaria y no en rango legal.

Consecuentemente, cabe distinguir la discusión en dos sedes. En primer lugar, la distinción del principio de legalidad con el principio de tipicidad, o el mandato de tipificación ya mencionado. En segundo lugar, la aplicación de una reserva legal absoluta o relativa.

#### **(i) Distinción del principio de legalidad con el principio de tipicidad.**

El principio de legalidad, se encuentra estrechamente vinculado al principio de tipicidad, ya que esta última obliga al legislador a desarrollar la conducta reprochable. Para Tamara

---

<sup>54</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 501)

<sup>55</sup> (Letelier Wartenberg, 2017, pág. p. 651)

<sup>56</sup> (Nieto García, 2017, pág. p. 163)

Arancibia, la legalidad “*carecería de eficacia si bastará con cumplir la formalidad de que el delito y la pena estuvieran previamente establecidos en la ley y no se exigiera, al mismo tiempo, qué está precisará nítidamente el hecho sancionado y la pena correspondiente*”<sup>57</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha establecido. En efecto, en la STC N° 244, sostuvo:

*“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.”*<sup>58</sup>.

A partir de lo anterior, es necesario distinguir el mandato a la sujeción a la ley del actuar de la Administración, y con ello, la previsión de las sanciones, al mandato de tipificación, que exige una mayor precisión y esclarecimiento de qué constituyen aquellas conductas que se consideran reprochables.

## **(ii) El principio de legalidad y la reserva legal.**

La reserva legal significa que los hechos constitutivos de infracción administrativa, así como la naturaleza y cuantía de la sanción, solo pueden ser establecidos por ley.

En un primer momento, se consideró que el legislador debía contemplar de forma íntegra tanto el hecho como la naturaleza y cuantía de la sanción, es decir, no era posible que existiera colaboración reglamentaria alguna. En este sentido, Eduardo Soto Kloss sostenía que se vulneraba el debido proceso “*en todas aquellas situaciones en que el legislador reenvía a establecer procedimientos administrativos sancionadores a la potestad reglamentaria administrativa (sea presidencial, sea jefe de servicio) e incluso fijar el tipo del ilícito*

---

<sup>57</sup> (Arancibia Madriaga, 2015, pág. 30)

<sup>58</sup> STC Rol N° 244, considerando 10°

*administrativo y su sanción*”<sup>59</sup>. En el mismo sentido, Alejandro Vergara Blanco<sup>60</sup> dispuso que “*el reglamento, en ningún caso puede establecer delitos, ni de ahí derivarse penas. Para el caso de la potestad sancionadora de la Administración implica que ésta sólo puede ser ejercida cuando haya sido atribuida por una norma de rango legal*”. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional sostuvo que sólo la ley puede establecer delitos y penas, es decir, no procede la delegación de facultades en la potestad reglamentaria. En efecto, el Tribunal sostuvo<sup>61</sup>:

*“Que, de esta forma, la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política”;*

Posteriormente, poco a poco, el Tribunal Constitucional fue avanzando a una mayor apertura a la colaboración reglamentaria.<sup>62</sup> En efecto, el año 2006 que esta postura se aplicó en materias administrativas sancionadoras. En la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 479 reiteró lo que ya había establecido el Tribunal en la sentencia Rol N° 244 sobre la necesidad de que se regule, con rango legal, “*el núcleo esencial de las conductas que se sancionan*”. Sin embargo, agregó que esto “*no impide que la Administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias*”<sup>63</sup>. En el mismo sentido, lo estableció el Tribunal Constitucional en el Rol N° 2069, mediante el cual dispuso:

---

<sup>59</sup> (Soto Kloss, 1993)

<sup>60</sup> (Vergara Blanco, 2004, págs. 322 - 323)

<sup>61</sup> STC Rol N° 244. Rol N° 12.

<sup>62</sup> En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 253 de 1997, se rechazó el recurso en el cual se pretendía la inconstitucionalidad de un reglamento urbanístico que imponía ciertas cargas a la propiedad, las cuales los reclamantes consideraron que debían tener rango de ley pues afectaba el derecho de propiedad. Asimismo, mediante la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 254 del mismo año, en la cual se discutía la ejecución de la ley de presupuesto, se establecieron las dificultades de la previsión de cada una de las situaciones de forma apriorística, y que, para un funcionamiento eficaz de la ley y de la Administración, el principio requiere de una interpretación flexible, estableciendo la vigencia de la potestad reglamentaria subordinada. En el mismo sentido, sentencias posteriores siguieron dicha línea, flexibilizando la reserva legal en materias administrativas. Por ejemplo, en la sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 370 de 2003.

<sup>63</sup> STC Rol N° 479-2006, considerando 14°.

*“Que, en este sentido, el rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley (generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador) deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria (STC 370/2003);*

*Por lo mismo, dicha colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento sólo se involucre en aspectos de detalle (STC 370/2003). El legislador no puede renunciar a su deber de normar los aspectos medulares de una determinada regulación. Así como debe limitarse a regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, no puede incurrir con motivo de esa tarea en una deslegalización, en el establecimiento de cláusulas abiertas o fórmulas en blanco que generen inseguridad jurídica (STC 370/2003)”<sup>64</sup>;*

Desde luego, en nuestro derecho, esta jurisprudencia fue objeto de diversas críticas. Por ejemplo, Eugenio Evans sostuvo que:

*“el ostensible cambio de doctrina del TC relativiza el principio de legalidad y con él la certeza y seguridad jurídica que confería la jurisprudencia de 1996. Por lo pronto, al declarar que el inciso final del numeral 3 del art. 19 de la Constitución consagra una reserva relativa de legalidad controvierte aún más los alcances de esa disposición. Si bien ya no era categórica en la proscripción de las leyes penales en blanco, esta jurisprudencia la mengua definitivamente en lo tocante a la sanción administrativa pues abre la descripción de las conductas sancionadas a deberes expresados en reglamentos, los que en casos de ciertas industrias, pueden ser numerosos en cantidad y en normas, los que, además, se aprueban y modifican a sola voluntad de la autoridad de turno”<sup>65</sup>.*

Esta evolución también es posible constatarla en el Derecho Comparado. En efecto, Juan Alfonso Santamaría Pastor<sup>66</sup> ha establecido que la “reserva de ley no es absoluta, como ocurre en materia penal: no impide que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley”. De igual modo, Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno disponen que “la reserva de ley no prohíbe que existan

---

<sup>64</sup> STC Rol N° 2069, considerando 36°.

<sup>65</sup> (Evans Espiñeira, 2006, pág. 170)

<sup>66</sup> (Santamaría Pastor, 2002, págs. 180 - 181)

*normas con rango de ley que se limiten a sancionar el incumplimiento de otras que pueden tener rango inferior a la ley (“normas sancionadoras en blanco”). Estas normas con rango inferior a la ley son aquellas que aprueba la misma administración y que se denominan “reglamentos”*<sup>67</sup>.

En suma, en el Derecho Administrativo Sancionador, a diferencia de lo que sucede en materia penal, no se exige una reserva legal absoluta, es decir, existe una flexibilidad en la reserva legal, exigiéndosele así la tipificación del núcleo de las materias al principio de legalidad, para así, poder complementar en sede reglamentaria<sup>68</sup>.

## **(b) TIPICIDAD**

### **(i) Concepto**

Este principio encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Constitución inciso final, en el cual dispone que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*.

Diversos autores han definido este principio. En el derecho comprado, hay autores que han enfatizado la necesidad de que la descripción de la conducta sea legal. En este sentido, Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que la tipicidad es *“la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará a una sanción administrativa”*<sup>69</sup>. Del mismo modo, Ramón Parada sostiene que *“el principio de tipicidad supone la predeterminación y descripción legal de las conductas sancionables, sin que quepan cláusulas generales, contraria también al principio de seguridad jurídica”*<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> (Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor, & Bueno Armijo, 2005, pág. 33)

<sup>68</sup> En este sentido, la STC Rol N° 1413 de 2010 se refiere en su considerando trigesimosexto a *“[q]ue el principio de legalidad exige también que la sanción administrativa esté vinculada con suficiente previsibilidad a una determinada infracción. En efecto, de acuerdo con el artículo 19 N° 3°, incisos séptimo y octavo, es necesario que la sanción esté “establecida” en la ley, pues ésta debe “señalarla”. [...]”*.

<sup>69</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 184)

<sup>70</sup> (Parada Vazquez, 2002, pág. 507)

En una visión distinta, hay autores que enfatizan la seguridad jurídica que entrega el principio de tipicidad. En este sentido, Alejandro Nieto sostiene que *“la exigencia de la tipicidad es, pues, la garantía del principio constitucional de la seguridad jurídica [...]”*<sup>71</sup>.

En la doctrina nacional también hay autores que han enfatizado en la necesidad de que la descripción de la conducta sea legal. En este sentido, Alejandro Vergara Blanco ha dicho:

*“[l]o que debe emanar del cumplimiento de este principio es el establecimiento, por la ley, de una descripción y determinación de la o las conductas que quedan sometidas a sanciones, de tal manera que sea posible predecir con alguna certeza la sanción que se impondrá en caso de que alguien incurra en la conducta así ‘tipificada’”*.<sup>72</sup>

Por su parte, Eduardo Cordero expresa que *“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 de la ley cierta”*<sup>73</sup>.

## **(ii) Aplicación en el Derecho Penal**

En el Derecho Penal, la exigencia de tipicidad hace referencia a que la acción sancionable *“ha de coincidir con una de las descripciones de delitos”*<sup>74</sup>, lo cual es una consecuencia directa del principio de legalidad y la fórmula *“nullum crimen sine lege”*. Con ello, no basta que el delito esté estipulado en la ley, sino que debe ser descrito en ella, de manera tal, que quede claro cuál es la conducta sancionable.

Con todo lo previamente establecido en el principio de legalidad, para poder atribuirle responsabilidad a una persona bajo el sistema del Derecho Penal, se deben cumplir cuatro criterios. Desde luego, que haya una conducta (sea acción u omisión). También, que esta

---

<sup>71</sup> (Nieto 2017, p. 266)

<sup>72</sup> (Vergara Blanco, 2004, pág. p. 142)

<sup>73</sup> (Cordero Quinzacara 2014, pag. 415-416).

<sup>74</sup> (Roxin, 1997, pág. 194)



conducta sea típica, esto es, que se adecúe a la descripción legal. Además, que tenga un carácter contrario al ordenamiento jurídico, esto es, que sea antijurídico. Finalmente, que se le pueda atribuir personalmente al autor, es decir, que exista culpabilidad<sup>75</sup>. Asimismo, lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, la cual ha sostenido:

*“el tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal. Luego, a través del concepto de tipicidad se expresa la relevancia de una determinada conducta para el derecho penal, en el sentido de que ella pueda ser subsumida en una descripción o tipo legal’ (Sergio Politoff, Lecciones de Derecho Penal Chileno, 2da. Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2013, p. 183).*

*Que la estructura de los tipos penales se desarrolla a través de la presencia de un sujeto activo que realiza una conducta que se estima lesiva para un bien jurídico, conducta ésta con sello valorativo asociado a la producción de determinados resultados o a la concurrencia de ciertas circunstancias; es relevante la referencia al objeto sobre el cual recae la conducta y, en algunos casos, también la presencia de elementos normativos en la descripción legal;”<sup>76</sup>*

En suma, la tipicidad en el Derecho Penal requiere de una conducta detallada y específica por el legislador.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo**

La conclusión de la flexibilidad del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador no puede resultar viable sin una flexibilidad del principio de tipicidad en la misma sede. En el derecho comparado, Alejandro Nieto ha sostenido que la exigencia de ley cierta es aquella que contenga no una “tipificación rigurosa sino simplemente la <<óptima>> o, en términos aún más sencillos, la <<posible>>”<sup>77</sup>. Esto es lo que se denomina tipicidad indirecta o por remisión<sup>78</sup>. En el derecho nacional, Raúl Letelier se pronuncia en el mismo sentido,

---

<sup>75</sup> (Politoff Lifschitz, 2003, pág. 161)

<sup>76</sup> STC 3306/2017, considerando 9°.

<sup>77</sup> (Nieto García, 2017, pág. 266)

<sup>78</sup> Alejandro Nieto hace referencia a la tipicidad por remisión, como aquella tipificación de las infracciones mediante reglamentos u ordenanzas que están dentro de una cierta cobertura legal, aludiendo a que esta es no sólo es necesaria sino “ha evitado el colapso normativo que, de otra suerte, se hubiera producido inevitablemente ya

sosteniendo que “*los deberes públicos pueden ser contruidos con fórmulas legales amplias, con estándares o mediante regulación infralegal. Dichos deberes, en efecto, construyen la regulación de un determinado sector, poseen niveles técnicos altos - por ello el diseño institucional resultado en relevante- y promueven conductas correctas en esos entornos*”<sup>79</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema, ha establecido que “*el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación*”<sup>80</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha legitimado el establecimiento de infracciones administrativas mediante fórmulas genéricas<sup>81</sup>. En efecto, en esta sentencia el Tribunal sostuvo<sup>82</sup>:

*“Que, en consecuencia, las normas que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica deben estar contenidas en preceptos legales. Igual estatuto ha de aplicarse al resto de las normas que, inseparablemente vinculadas con ellas, establecen que el incumplimiento de tales deberes deben ser sancionados y las que establecen las sanciones. Es el caso de todas y cada una de las normas impugnadas de inconstitucionalidad en esta causa.*

*En la especie, el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la administración admite la colaboración de la potestad reglamentaria”.*

En suma, la tipicidad en materia administrativa se encuentra sujeta a estándares de exigencia menores a los que exige el Derecho Penal.

Lo anterior resulta coherente con la gran evolución que tiene el mercado, la tecnicidad

---

*que las leyes –y ni siquiera los reglamentos llamados a colaborar- están en condiciones de realizar una tipificación completa”.* (Nieto 2017, p. 317)

<sup>79</sup> (Letelier Wartenberg, 2017, pág. 657)

<sup>80</sup> SCS 20.380/2019, considerando 10º.

<sup>81</sup> Asimismo, en la sentencia Rol N° 549 de 2007 considerando duodécimo, el Tribunal Constitucional establece que “[...] la función de garantía ciudadana del principio de tipicidad –el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona- se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal.”

<sup>82</sup> STC Rol N° 480. Considerando 12º.

requerida en algunos ámbitos propios de los administrados y la dificultad de previsibilidad y adaptación de la ley. Esta situación ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto sostuvo que *“el legislador no puede ir más allá, porque no puede prever la infinidad de incumplimientos en que puede incurrir una determinada empresa”*<sup>83</sup>. Esto es relevante pues, reconoce que la Administración es el sujeto adecuado para regular una situación de alta tecnicidad y complejidad, la cual escapa a los conocimientos del legislador.

### **(c) CULPABILIDAD**

#### **(i) Concepto**

Tradicionalmente, el principio de culpabilidad se ha comprendido como aquel principio que fundamenta la imposición de una sanción a un sujeto que ha actuado de forma dolosa o culposa. Para incurrir en dichas conductas, es necesario que el sujeto infractor tenga conocimiento de las normas a infringir y, que ante estas, opte por comportarse de una forma no debida. Consecuentemente, existen dos aristas importantes en el presente principio. Por una parte, el análisis del reproche subjetivo al infractor. Por la otra, la exigencia del conocimiento de las normas a infringir.

#### **(ii) Aplicación en el Derecho Penal**

Nuestra Constitución no garantiza de manera expresa el principio de culpabilidad, de modo que la doctrina ha discutido su procedencia.

Para algunos autores, la culpabilidad deriva del reconocimiento de la dignidad humana (artículo 1º). Para otros, deriva del principio de la irretroactividad in peius (artículo 19 N.º 3, inciso 8º de la Constitución). Sin embargo, la postura mayoritaria sostiene que la culpabilidad deriva de la imposibilidad de presumir la responsabilidad, ya que la culpabilidad es un presupuesto de la responsabilidad penal, por lo que presumir la culpabilidad significaría que se

---

<sup>83</sup> STC Rol N° 2264. Considerando 38º.

está presumiendo dicha responsabilidad (artículo 19 N.º 3, inciso 7º, Constitución)<sup>84</sup>.

En el Derecho Penal, el elemento de la culpabilidad es esencial para poder reprocharle dicho actuar al actor dado que estaba en condiciones de poder actuar de forma diversa. En palabras de Mario Garrido Montt, “*culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico*”<sup>85</sup>. El actor que incurre en una conducta típica y antijurídica puede realizarlo con dolo o con culpa, y será merecedor de una pena si es que no concurre una causa de inimputabilidad, es decir, si es capaz.

La culpabilidad tiene relación con dos elementos. De un lado, el conocimiento de aquella conducta prohibida. Del otro, la posibilidad de obrar de forma diversa.

El primer elemento se refiere a la conciencia de ilicitud, esto es, a la conciencia de que ese hecho estaba prohibido y que en sede penal tiene como excusa el error inevitable de prohibición<sup>86</sup>. El segundo elemento es la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada, lo cual tiene como excusa diversas causales de exculpación como la fuerza moral irresistible o el miedo insuperable (artículo 10º, Nº 9, Código Penal).

En sede penal, el principio de culpabilidad tiene una función limitadora de la pena<sup>87</sup> por lo que, si falta la culpabilidad, no puede haber punición. A contrario sensu, cuando exista dolo se puede incluso agravar la pena, dado que “*la culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena*”<sup>88</sup>.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador**

---

<sup>84</sup> (Barrientos Castro, 2019, pág. 35)

<sup>85</sup> (Garrido Montt, 2003, pág. 195)

<sup>86</sup> (Politoff Lifschitz, 2003, pág. p. 169)

<sup>87</sup> (Roxin, 1997, pág. 100)

<sup>88</sup> (Roxin, 1997, pág. 42)

Para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la culpabilidad supone “*supone imputación, dolo o culpa en la acción sancionable*”<sup>89</sup>. Por su parte, Ramón Parada sostiene:

*“para que este reproche sea posible es necesario previamente que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita a título del autor, cómplice o encubridor de los hechos ilícitos; en segundo lugar, que sea imputable, es decir, que no se den en circunstancias que alteren su capacidad de obrar, y, en fin, y por último, que sea culpable, es decir que haya tenido conciencia, voluntariedad, como dice el Código Penal, a título intencional o culposo de los hechos”*<sup>90</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este ha reconocido la aplicación de este principio a la actividad administrativa sancionadora. En efecto, este Tribunal ha dispuesto:

*“Que la doctrina se encuentra conteste en que cuando la Constitución habla de la responsabilidad penal, ello no obsta a que la exigencia de culpabilidad sea aplicable al ámbito administrativo sancionador pues esta Magistratura ha entendido que el lenguaje utilizado en estos preceptos es amplio y omnicompreensivo, incluyendo a las sanciones administrativas tal como se señaló en la STC Rol N°480-2006, considerando6°”*<sup>91</sup>.

En sede administrativa, la culpabilidad se asocia a la culpa infraccional, según la cual basta la mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa<sup>92</sup>. Los autores han sostenido que el reproche subjetivo no se aplica en la misma dimensión que en el Derecho Penal<sup>93</sup>. Lo anterior se debe principalmente a que, en el Derecho Penal la finalidad de las sanciones es retrospectiva, esto quiere decir, que establece la sanción con miras de la conducta pasada del infractor o autor del delito, mientras que la finalidad administrativa es prospectiva, esto es, analiza el incumplimiento del infractor con miras al futuro del sector regulado pues, lo

---

<sup>89</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 185)

<sup>90</sup> (Parada, 2013, pág. 391)

<sup>91</sup> STC Rol N° 2722. Considerando 23°.

<sup>92</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 504)

<sup>93</sup> En ese sentido se ha expresado que, en el caso de realizarse un reproche subjetivo, “*la imprudencia es la protagonista*” (Ramírez Torrado 2008, p. 157), no ya el dolo como en el caso penal, que “*por la misma intrascendencia del reproche ético es que la sanción administrativa puede perfectamente –como normalmente lo hace– prescindir de la intencionalidad del sujeto para determinar específicamente la cuantía*” (Letelier Wartenberg 2017, p. 666). Percy García establece que “*el principio de culpabilidad no [es] siempre necesario para la imposición de sanciones en el Derecho administrativo sancionador, tal y como se puede corroborar en ámbitos como el ambiental o de protección al consumidor*” (García 2016, p. 28).

que se busca con ella es precisamente garantizar el cumplimiento regulatorio<sup>94</sup>.

En este sentido, en el derecho comparado, Alejandro Nieto, manifiesta que *“lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento”* y en ese sentido *“el Estado no busca culpables ni siquiera [...] autores sino responsables, hasta tal punto que a la mera inobservancia se corresponde la mera responsabilidad”*<sup>95</sup>. En igual sentido, en la doctrina nacional, Raúl Letelier sostiene que *“el injusto criminal –dice Roxin- merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa”*<sup>96</sup>. Para este autor, *“parece normal que se concentre ya no tanto en aspectos subjetivos sino especialmente en criterios contravencionales y de funcionalidad de la aplicación”*<sup>97</sup>. En el mismo sentido, Alex Van Weezel sostiene:

*“como el derecho administrativo está interesado en dotar de eficacia a una regulación mediante el reforzamiento futuro de ciertos estándares y no en una contradicción de la negación del derecho, su reacción sancionatoria no toma en cuenta una eventual desorientación del individuo, sino la posibilidad objetiva de orientación para un sujeto medio que se desenvuelve en el ámbito regulado de que se trata”*<sup>98</sup>.

Finalmente, Jorge Bermúdez sostiene que la culpabilidad en el Derecho Administrativo, *“a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, no contiene un reproche moral, sino sólo un carácter preventivo sin importar si existe o no un reproche ético, ya que, en definitiva, la finalidad del Derecho Administrativo sancionador, es la intangibilidad del ordenamiento jurídico”*<sup>99</sup>.

En conclusión, la doctrina ha sostenido que el principio de culpabilidad ha de ser redefinido no ya como aquel proceso en el cual le atribuimos una sanción al infractor doloso o culposo, sino que, es aquel proceso mediante el cual le atribuimos la infracción a aquel

---

<sup>94</sup> En palabras Percy García, *“administrativamente lo que la sanción procura es generar las condiciones empíricas para que el sector social regulado no colapse”* (García 2016, p. 28)

<sup>95</sup> (Nieto García, 2017, pág. 325)

<sup>96</sup> (Letelier Wartenberg, 2017, pág. 665)

<sup>97</sup> (Letelier Wartenberg, 2017, pág. p. 664)

<sup>98</sup> (Van Weezel, 2017, pág. 1011)

<sup>99</sup> (Bermúdez Soto, 2011, pág. 287)

responsable de una desobediencia administrativa, sin importar el grado de culpa o dolo con el que puede haber actuado. Lo anterior es precisamente porque *“en el derecho penal, el principio de culpabilidad es un límite al poder punitivo, [mientras que] en el derecho administrativo la culpabilidad es funcional a la disuasión”*<sup>100</sup>. La excepción a esta aplicación del principio de culpabilidad se presenta en los criterios de graduación de la sanción administrativa, ya que la sanción específica que se va a imponer será determinada por el grado de culpa o dolo con el que se haya actuado.

Adicionalmente a lo que ya se ha expuesto, la doctrina ha sostenido los sujetos que se desenvuelven en un mercado especializado deben conocer las normas que regulan este mercado. En este sentido, Luis Cordero sostiene que la mera inobservancia, *“se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especial y experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado”*<sup>101</sup>. En el mismo sentido se encuentra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien sostuvo:

*“el conocimiento de los reglamentos o normas que regulan las actividades de la construcción es esperable, dado que la parte requirente desempeña justamente dicha actividad. Ante dicha situación, constituye una objeción constitucionalmente inadmisibile aducir que los sujetos no han podido conocer las reglas que rigen los ámbitos específicos de actividad en los que se desempeñan profesionalmente”*<sup>102</sup>

En suma, el principio de culpabilidad se manifiesta en una vertiente infraccional, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, el cual es un límite a la imposición de una pena. Por ende, es un instrumento funcional al Derecho Administrativo para poder regular a sectores económicos o sociales, imponer sanciones ante observancias irregulares de las normas y garantizar el cumplimiento de un marco regulatorio determinado. La excepción a esta aplicación del principio de culpabilidad se presenta en los criterios de graduación de la sanción administrativa, ya que la sanción específica que se va a imponer será determinada por el grado de culpa o dolo con el que se haya actuado. Sin embargo, se hará referencia a esta situación en el capítulo V.

---

<sup>100</sup> (Letelier Wartenberg, 2017, pág. 664)

<sup>101</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 504)

<sup>102</sup> STC Rol N° 2154, considerando 39°

## **(d) IRRETROACTIVIDAD**

### **(i) Concepto.**

El principio de irretroactividad supone que no es posible aplicar normas que han sido dictadas de forma posterior a la ocurrencia de los hechos. Excepcionalmente, estas normas resultan aplicables en cuanto sean más favorables. Así lo reconocen diversas disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 19 N° 3 de la Constitución establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

En materia civil, este principio se reconoce expresamente por dos razones. De un lado, porque el artículo 9° del Código Civil dispone que la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Del otro, porque la Ley de Efecto Retroactivo de las leyes regula los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas.

En materia penal, el artículo 18° del Código Penal, establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

En materia administrativa, la Ley N.° 19.880 establece en su artículo 52°, que los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.

En idéntico sentido, el Boletín 3475-06 establecía en su artículo 5° que el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará a las disposiciones vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa. Ahora bien, en caso que las nuevas disposiciones fueran favorables para el infractor, recibirán aplicación desde el momento de su



entrada en vigencia.

## **(ii) Aplicación en el Derecho Penal**

Mario Garrido Montt explica que, en materia penal, el principio de irretroactividad contemplado en el artículo 18° del Código Penal, implica que un determinado comportamiento para ser delictivo, debe estar descrito como tal por una ley promulgada con anterioridad a la fecha de comisión del hecho. Sólo de forma excepcional, una ley posterior se puede aplicar a hechos previos. Esta excepción se produce cuando la ley promulgada con posterioridad al hecho es más favorable para el imputado. De modo que esa ley, ha de aplicarse no sólo a hechos posteriores, sino también aquellos actos realizados antes de su promulgación<sup>103</sup>. En conclusión, el principio de irretroactividad en el derecho penal conlleva a dos supuestos. Por una parte, la proscripción absoluta de aplicar normas posteriores de contenido desfavorable. Por la otra, la retroactividad de normas de contenido favorable.

El fundamento de este principio es la seguridad jurídica. En palabras de Garrido Montt, *“el ciudadano debe tener conciencia, al tiempo de incurrir en la conducta prohibida, de qué contraviene el ordenamiento jurídico y debe estar en condiciones de conocer las consecuencias que ello la acarreará; para que así suceda la ley que se aplicará tiene que haber sido promulgada con anterioridad a la comisión del hecho”*<sup>104</sup>.

## **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador**

De igual modo, en materia administrativa el principio de irretroactividad supone dos supuestos. De un lado, la proscripción absoluta de la retroactividad a norma desfavorables. Del otro, la retroactividad posible de las normas favorables<sup>105</sup>. Para la doctrina, este principio es una manifestación del principio de legalidad<sup>106</sup>, exige que *“la[s] sancio[n]es debe[n] estar*

---

<sup>103</sup> (Garrido Montt, 2001, pág. 105)

<sup>104</sup> (Garrido Montt, 2001, pág. 106)

<sup>105</sup> (Muñoz Machado, 2017, pág. 337)

<sup>106</sup> (Cordero Quinzacara, 2014, pág. 428); (Aracena Salgado, 2017, pág. 135)

*expresamente contemplada[s] en una ley promulgada con anterioridad a los hechos que configuran el ilícito sancionado”<sup>107 108</sup>.*

En el mismo sentido, ha sido comprendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha establecido que *“la retroactividad ‘conduce a aceptar un estado de inseguridad jurídica que impide a los individuos un desarrollo integral de su personalidad frente al temor que naturalmente conlleva el no saber con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos [...]’<sup>109</sup>.*

El Tribunal ha entendido que el artículo 19 N.º 3, se aplica en términos amplios. Es decir, su aplicación no se restringe a materias penales, sino que también se aplica respecto de sanciones administrativas. En efecto, así lo dispuso en la STC Rol N.º 1499:

**“Quinto.-** *Que, en nuestra tradición jurídica, la legalidad de la pena y el principio pro reo estampados en el inciso séptimo del número 3º del artículo 19 de la Constitución, según el cual “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”, se entienden referidos al derecho penal, al delito criminal y a la pena que es su consecuencia.*

*Se trata de la esencial garantía acuñada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y recogida, posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestra historia constitucional tiene su antecedente en las cartas de 1823, 1833 y 1925, consignándose explícitamente, a nivel legal, en el artículo 18 del Código Penal;*

**Sexto.-** *Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, el Tribunal Constitucional ha atribuido a la mencionada garantía una amplia connotación, en diversas épocas y en litigios de la mayor trascendencia, haciéndola comprensiva de ilícitos constitucionales (requerimiento Rol 46, contra C.A.M.) y de sanciones administrativas (requerimientos roles 479 y 480, de Compañía Eléctrica San Isidro S.A. e Ibener S.A., respectivamente);”<sup>110</sup>*

---

<sup>107</sup> (Boettinger Philipps, 2009, pág. 593)

<sup>108</sup> De igual forma, ha sido manifestado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en variados dictámenes. A saber, los dictámenes número 45905/1976; 20991/1984; 26634/1993; 25961/2000; 3858/2001; 6926/2001; 38075/2002; 14571/2005, entre otros.

<sup>109</sup> STC Rol N.º 46/1987

<sup>110</sup> STC Rol N.º 1499. Considerandos 5º y 6º.

De este modo, no existen mayores diferencias entre la aplicación de este principio, tanto en sede penal, como en sede administrativa.

## **(e) PRESCRIPTIBILIDAD**

### **(i) Concepto.**

La institución de la prescripción entrega seguridad jurídica en la persecución y ejecución de las infracciones. En palabras de Santiago Muñoz Machado, *“el transcurso del tiempo siempre produce efectos de estabilización o consolidación de situaciones de hecho que el principio de seguridad jurídica tiende a amparar”*<sup>111</sup>.

### **(ii) Aplicación en el Derecho Penal.**

El artículo 93° del Código Penal, expresa que la prescripción es un modo de extinguir la responsabilidad penal. En el numeral 6° de este artículo, se establece la prescripción de la acción penal, mientras que en el numeral 7°, se establece la prescripción de la pena.

Mario Garrido Montt, establece que, en el sistema penal se establecen dos clases de prescripción: de la acción penal y de la pena. Si bien se hace esta distinción en la legislación nacional, en verdad se trata de un solo instituto: prescripción de la responsabilidad, y ello porque es la responsabilidad la que se extingue; sólo por sus consecuencias inmediatas es posible hacer la diferenciación, pero su naturaleza es única. En efecto, la prescripción que transcurre antes de que se inicie un proceso criminal o durante su tramitación, hace imposible de perseguir el delito; la prescripción que sobreviene después de la dictación de una sentencia condenatoria ejecutoriada, hace inaplicable la pena. Pero en ambos casos eso sucede porque se extinguió la responsabilidad cuyo origen es la comisión del delito<sup>112</sup>. En otras palabras, en ambos casos a lo que se pone término es a la responsabilidad penal que se deriva del delito, lo que a su vez

---

<sup>111</sup> (Muñoz Machado, 2017, pág. 340)

<sup>112</sup> (Garrido Montt, 2001, pág. 374)

provoca que éste no pueda ser pesquisado o que no pueda cumplirse la pena en su caso, y por ello sucede que los plazos fijados al efecto son idénticos en ambas alternativas<sup>113</sup>.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.**

La prescriptibilidad ha sido largamente discutida en el Derecho Administrativo Sancionador. Principalmente, porque no hay norma expresa que establezca un plazo de prescripción para las infracciones administrativas.

Sin embargo, en el proyecto de ley sobre las sanciones administrativas Boletín 3475-06, se establecían plazos expesos. En efecto, sostenía que la infracciones prescribirían según lo establecido en las leyes. En caso de que estas no establecieran un plazo de prescripción, las infracciones prescribirían a los dos años, y las sanciones impuestas prescribirían a los tres años desde la notificación del acto firme (artículo 10°).

Así, la discusión se ha centrado en la aplicación de dos normas. Para algunos, corresponde aplicar los artículos 94° y 97° del Código Penal, los cuales establecen un plazo de seis meses para las faltas. Para otros, corresponde aplicar el artículo 2515° del Código Civil, el cual establece que el plazo de prescripción será de cinco años para las acciones ordinarias.

En nuestra jurisprudencia, esta discusión ha tenido una larga evolución, pasando por diversas posturas. Antes de considerarse al Derecho Administrativo Sancionador como expresión del único ius puniendi, se postulaba que, a falta de normativa de prescripción, las infracciones administrativas eran imprescriptibles<sup>114</sup>.

Una vez establecida la postura del único poder punitivo estatal (1996), se comenzó a

---

<sup>113</sup> (Garrido Montt, 2001, pág. 372)

<sup>114</sup> En este sentido, el dictamen N° 35.991 del año 1982, establece que en casos de regulación administrativa en donde no hay una norma de prescripción, no le es aplicable la prescripción:

*“la prescripción no es aplicable respecto de multas que apliquen [el] servicio Agrícola y Ganadero o Servicios de Salud por infracción a leyes cuya fiscalización y control competen a esos organismos, no cuanto no existe disposición alguna ni en Ley 16.640 art/236 siguiente o en ley 17.105 [...]”.*

considerar como derecho común el Derecho Penal, y con ello, se estableció que el plazo de prescripción aplicable es de 6 meses según el artículo 94° del Código Penal<sup>115</sup>. Esta postura se justificaba en la teoría cuantitativista, la cual sostenía que los estándares constitucionales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para la imposición de sanciones penales por parte del Estado serían idénticos a los que debería regir el legítimo ejercicio de potestad administrativa sancionadora<sup>116</sup>.

Sin embargo, también han existido sentencias que aplican la teoría cualitativista, la cual establece que las penas y las sanciones administrativas tienen una naturaleza distinta, y, por ende, no cabría asemejar el régimen de garantías. En efecto, la Corte Suprema sostuvo que, pese a provenir de una rama única de punición estatal, el derecho común aplicable proviene del Código Civil, y por ello, las normas de prescripción aplicables son las que se encuentran en él<sup>117</sup>. En el mismo sentido, la Contraloría ha determinado la necesidad de diferenciar la sanción administrativa de las penas, ya que las primeras persiguen determinar un cumplimiento formal y sustantivo de una determinada regla y reaccionar frente a su inobservancia, mientras que las penas tienen por objeto verificar un hecho punible descrito en la ley. Por eso, y además considerando la falta de una regla expresa de prescripción, la Contraloría ha determinado la necesidad de aplicar el plazo de cinco años, contemplado en el artículo 2515 del Código Civil<sup>118</sup>.

En la doctrina, destacan los argumentos de Rodrigo Vallejo para sostener que corresponde aplicar la teoría cualitativista. Para fundamentar esta tesis, ha entregado tres argumentos. En primer lugar, porque ha existido un proceso evolutivo de comprensión jurídica por el cual se ha reconocido que los principios penales no se aplican de manera automática al Derecho Administrativo Sancionador, de modo que no corresponde aplicar el plazo de 6 meses a la

---

<sup>115</sup> En ese sentido, se pronunció la Corte Suprema en las sentencias roles: N° 7.559-2012; roles N° 9186-2012; N° 78-2010; y la Contraloría General de la República mediante los dictámenes N° 28.226 del 2007, N° 24.094 del 2010, N° 15.335 del 2011, N° 13.479 del 2012 y N° 17.885 del 2014. (Todos los anteriores citados por (Vallejo Garretón 2016)).

<sup>116</sup> (Vallejo Garretón, 2016, pág. 284)

<sup>117</sup> (Cordero Quinzacara, 2014). En ese sentido, podemos encontrar las SCS Rol N° 5702/2009 (considerando 14°), SCS Rol N° 3528/2015 (considerando 20°), Rol N° 5383/2016 (considerando 28°), Rol N° 34040/2016, Rol N° 765/2018 (considerando 6°), entre otras.

<sup>118</sup> En este sentido, dictámenes 24731-2019

sanción administrativa<sup>119</sup>. En segundo lugar, porque al aplicar la norma de los seis meses del Código Penal se “*contraviene la propia estructura lógica de las reglas de prescripción dentro de nuestro ordenamiento*”, pues estas han sido establecidas a partir de un juicio de valorización de la gravedad del injusto regulado. En otras palabras, nuestro ordenamiento establece plazos de prescripción acorde con la gravedad de las conductas<sup>120</sup>, de modo que aplicar el plazo del Código Penal a las infracciones administrativas estas se desvalorizan<sup>121</sup>. Por último, porque existe un criterio sistemático de prescripción en materia regulatoria. Esto es así por dos razones. De un lado, el legislador ha contemplado un plazo de prescripción de tres años, tanto para las sanciones en materia eléctrica (artículo 17° bis de la Ley N° 18.410), como en materia ambiental (artículo 37° y 44° de la Ley N° 20.417). En materia sanitaria, la Superintendencia de Servicios Sanitarios no puede sancionar en un plazo superior a los cuatro años desde la comisión de la infracción (artículo 15°, Ley N° 18.902). Mientras que en materia de valores y seguros estableció un plazo de la regulación de tres y cuatro años (artículo 33° del Decreto Ley N° 3.538). Del otro, si bien la Ley N° 19.880 establece un plazo de duración de seis meses para la conclusión del procedimiento administrativo (artículo 27°), este plazo no es considerado como fatal<sup>122</sup>. Más bien, según sostiene el autor, el plazo rector en la Ley N° 19.880 es el plazo de dos años, que se encuentra establecido como límite para el ejercicio de potestades invalidatorias (artículo 53°)<sup>123</sup>. El autor concluye que, si bien no hay consenso en establecer un único plazo de

---

<sup>119</sup> (Vallejo Garretón, 2016, pág. 289 y 290).

<sup>120</sup> Esto explica porque los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles; porque la nulidad absoluta tiene un plazo de prescripción mayor a la nulidad relativa; o porque los crímenes tienen un plazo de diez años, los simples delitos tienen un plazo de cinco años y las faltas tienen un plazo de seis meses.

<sup>121</sup> (Vallejo Garretón, 2016, pág. 295)

<sup>122</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema en los siguientes roles: SCS Rol N° 8420-2009 (considerando 11°); SCS Rol N° 8682-2009 (considerando 4°); SCS Rol N° 9078-2009; 4922-2010 (considerando 4°); SCS Rol N° 5228-2010 (considerando 5°); SCS Rol N° 65-2011 (considerando 5°); SCS Rol N° 2670-2011 (considerando 14°); SCS Rol N° 4817/2012 (considerando 7°); SCS Rol N° 289-2012 (considerando 6°); SCS Rol N° 8413-2012 (considerando 4°); SCS Rol N° 6739-2013 (considerando 7°); SCS Rol N° 6661-2014 (considerando 7°); SCS Rol N° 4512-2015 (considerando 9°); SCS Rol N° 9033-2015 (considerando 7°); SCS Rol N° 97686-2016 (considerandos 15° y 16°); SCS Rol N° 23056/2018 (considerando 8°), entre otras sentencias.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Contraloría en los siguientes dictámenes: 3601/1965; 25959/1994; 27117/1994; 8098/1997; 10312/2000; 27401/2003; 41249/2005; 22814/2009; 11543/2011; 31619/2011; 61059/2011; 20306/2012; 102879/2015; 4571/2015; 51532/2015; 22453/2016, entre otros.

<sup>123</sup> Rodrigo Vallejo destaca que el plazo de dos años ha sido establecido para consagrar la teoría del decaimiento del procedimiento administrativo (Vallejo Garretón, 2016, pág. 298). En efecto, la Corte Suprema así lo ha consagrado en los siguientes roles: SCS Rol N° 7284/2009 (considerando 6°); SCS Rol N° 7502/2009 (considerando 6°); SCS Rol N° 5228/2010 (considerando 7°); SCS Rol N° 28.400 - 2015 (considerando 6°); SCS Rol N° 10655/2015 (considerando 6°); SCS Rol N° 257/2019 (considerando 3°), entre otros.

prescripción, es claro que en materia regulatoria el plazo debe ser superior al plazo establecido en el Código Penal, ya que hay *“un emergente consenso legislativo tendiente a la razonabilidad de disponer una regla supletoria de prescripción que necesariamente debiera ser superior a dicho período”*<sup>124</sup>.

Esta es la tesis que la jurisprudencia ha adoptado. En efecto, en reciente jurisprudencia la Corte Suprema ha señalado:

*“se debe indicar que existe consenso entre quienes suscriben este fallo, respecto que el plazo de prescripción aplicable en la especie, es el de cinco años, sea por aplicación de las normas del Código Civil o del Código Penal, siendo relevante destacar que tal conclusión surge de la necesidad de aplicar, en los casos que carecen de una reglamentación especial, las normas ordinarias de prescripción, de carácter común y supletorio, que más se avengan al carácter específico, en este caso, del procedimiento administrativo. [...]”*<sup>125</sup>.

Del mismo modo, la Contraloría General de la República, en jurisprudencia administrativa reciente, ha sostenido:

*“Por las razones expuestas, atendida la falta de una norma que regule el plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas, procede aplicar el plazo general de prescripción de 5 años establecido en el artículo 2.515 del Código Civil, contados desde el momento que se comete la infracción”*<sup>126</sup>.

De este modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consensuado como regla supletoria el plazo de cinco años de prescripción establecido en el artículo 2515 del Código Civil.

#### **D) PRINCIPIOS PROCESALES**

Para la imposición de la sanción por parte de la Administración, ésta ha de seguir un procedimiento administrativo. En efecto, en palabras de Eduardo Cordero *“toda manifestación*

---

<sup>124</sup> (Vallejo Garretón, 2016, pág. 297)

<sup>125</sup> SCS Rol N° 16.231-2018, en su considerando 7°. En el mismo sentido se pronuncia la SCS Rol N° 16.230-2018, considerando 17°.

<sup>126</sup> En este sentido dictamen N°: 24731/2019

*formal de los poderes que el ordenamiento jurídico atribuye a los órganos administrativos supone de un procedimiento previo que, a través de un conjunto de actuaciones intermedias o de trámites, deben dar lugar a un acto de termino*”. El procedimiento administrativo debe cumplir con dos objetivos. De un lado, debe cautelar la función pública asignada a los órganos de la Administración. Del otro, debe proteger los intereses individuales del administrado susceptible de la sanción<sup>127</sup>.

Para cumplir con estos objetivos, el procedimiento administrativo sancionador debe contemplar garantías formales o principios adjetivos. Nos referiremos a los siguientes: el principio de un proceso previo, justo y racional, el de contradictoriedad, el principio de impugnabilidad y, el non bis in ídem.

#### **(a) PRINCIPIO DE UN PROCESO PREVIO, JUSTO Y RACIONAL**

##### **(i) Concepto.**

El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política consagra esta garantía, al establecer que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Esta disposición constitucional exige un debido proceso no solamente en materia jurisdiccional, sino que también en lo relativo a los procedimientos administrativos, en especial, respecto de aquellos procesos infraccionales o punitivos.

##### **(ii) Aplicación en el Derecho Penal**

Alex Carocca define el proceso como *“el mecanismo último de tutela de los intereses de las personas, cuando son desconocidos o entran en colisión con los de otros, de manera que su*

---

<sup>127</sup> (Cordero Quinzacara, 2014, pág. 190). En el mismo sentido se manifestaba el Mensaje 3475-06.



*existencia es indispensable para mantener la convivencia social*”<sup>128</sup>. Para que exista un debido proceso, deben existir ciertas garantías y derechos para que dicha conclusión se encuentre dentro de una esfera de seguridad jurídica<sup>129</sup>. Ahora bien, en la Constitución no existe un listado de cuáles serían estas garantías. Por eso, para Carocca, “*no cabe duda que la intención de los Constituyentes fue incorporar al catálogo de garantías constitucionales, el derecho <<al debido proceso>>, al due process of law, tal cual ha sido construido por el Derecho y la jurisprudencia anglosajona*”<sup>130</sup>. En el mismo sentido, Sabas Chahuán, sostiene que “*el contenido del derecho al debido proceso debe ser tomado con muchas reservas, comenzando por su pretensión de exhaustividad, contraria al sentido de la misma garantía*”<sup>131</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha intentado sistematizar algunas garantías penales, sin intención de establecer un numeral taxativo. Así, Cristián Maturana señala que las garantías mínimas que se deben considerar incluidas en un debido proceso son las siguientes: que este se desarrolle ante un juez independiente e imparcial; que sea el juez natural pre constituido por la ley; que exista un reconocimiento de derecho de acción y de defensa; que haya una garantía del derecho a un defensor; que la resolución del conflicto sea expedita; que sea contradictorio; que exista la posibilidad de rendir prueba; que haya igualdad en el tratamiento de las partes; finalmente, un derecho a recurrir la sentencia que no emane de un debido proceso<sup>132</sup>. Por su parte, Alex Carocca esgrime que estas garantías son: el derecho a juicio previo, oral y público; el derecho a la defensa, lo cual implica un derecho a participar, a tomar conocimiento, a rendir prueba, entre otros; el derecho a un defensor; derecho a guardar silencio; derecho a la igualdad entre las partes; derecho a la presunción de inocencia; derecho al juez predeterminado por la ley; derecho a un tribunal independiente; derecho a un tribunal imparcial; derecho al debido proceso mismo, esto es, que el proceso siga todas las formas establecidas por el derecho y que sean preponderantes los principios de la libertad y la justicia<sup>133</sup>. Finalmente, Sabas Chahuán sostiene que el debido proceso supone las siguientes garantías penales: existencia de un Tribunal independiente e

---

<sup>128</sup> (Carocca Pérez, 1999, pág. 394)

<sup>129</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC Rol N° 1838-2011 estableció que “*el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso*”.

<sup>130</sup> (Carocca Pérez, 1999, pág. 399)

<sup>131</sup> (Chahuan Sarras, 2009, pág. 24)

<sup>132</sup> (Maturana Miquel, 2014, pág. 17)

<sup>133</sup> (Carocca Pérez, 1999)

imparcial; carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado; publicidad del procedimiento; solución del proceso en un plazo razonable; presunción de inocencia; y garantías respecto al derecho de defensa del acusado de una infracción penal.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.**

Como se dijo, para que la sanción administrativa sea justa, esta debe ser determinada e impuesta mediante un procedimiento administrativo que sea racional y justo. Dicha garantía deriva del mismo artículo 19 N°3 de la Constitución.

La regulación del procedimiento administrativo sancionador presenta algunas particularidades.

Desde luego, no existe una normativa especial que regule el procedimiento administrativo sancionador. Si bien, mediante el proyecto de ley Boletín 3475-06 se buscó llenar este vacío legal, este no prosperó. De modo que, la inmensa mayoría de las normas sobre procedimiento administrativo, se aplican a los procedimientos administrativos sancionadores.

Para Flavio Quezada, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, existen distintas etapas sobre la aplicación de la Ley N.º 19.880 a los procedimientos administrativos sancionadores<sup>134</sup>.

En una primera etapa, cuando no existía la Ley N.º 19.880, en la STC Rol N° 43<sup>135</sup>, el Tribunal sostenía que era inconstitucional que la Administración sancionara sin que existiera un procedimiento que garantizara un debido emplazamiento y una oportunidad para defenderse.

---

<sup>134</sup> (Quezada Rodríguez, 2014, págs. 317 - 321)

<sup>135</sup> En dicha sentencia, el Tribunal estableció:

*“63°.- Que un examen del artículo 48 del proyecto, teniendo presente las disposiciones constitucionales transcritas en el considerando anterior, lleva a la ineludible conclusión que él infringe los incisos 1° y 5° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, porque no establece normas que le aseguren al partido político en formación que resulte afectado un justo y racional procedimiento, ya que no contempla ni el emplazamiento de dicho partido en formación ni tampoco la oportunidad para defenderse”.*

En una segunda etapa, en las sentencias Roles N° 376<sup>136</sup> y 389<sup>137</sup>, ambas de 2003, cuando ya había sido dictada la Ley N° 19.880, el Tribunal sostuvo que no existía una norma que garantizara adecuadamente el debido proceso administrativo sancionador. Es decir, entendió que la Ley N.º 19.880 no era suficiente para consagrar un debido procedimiento administrativo sancionador<sup>138</sup>.

Sin embargo, en las sentencias Roles N° 1413<sup>139</sup> y 2301<sup>140</sup>, de 2010 y 2013 respectivamente, el Tribunal sostuvo que los derechos que otorga la Ley N° 19.880 son propios de un debido

---

<sup>136</sup> En efecto, el Tribunal dispuso:

“35°. - Que, resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos”.

<sup>137</sup> De igual modo, sostuvo:

“34°. - Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, determinan la imposición de una sanción.

Más aún, ello puede traer como consecuencia el lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos;”

<sup>138</sup> Fue producto de estas sentencias que el Gobierno de la época presentó el Boletín N° 3475-06, que venía a regular los procedimientos administrativos sancionadores.

<sup>139</sup> En dicha jurisprudencia, el Tribunal estableció:

“27°. (...) Es más, en cuanto la Superintendencia de Quiebras es un órgano de la Administración del Estado, el afectado posee todos los derechos que le otorga la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, que recibe aplicación supletoria en virtud de su artículo 1°. La citada ley establece un verdadero “debido proceso administrativo”, en ejecución del mandato del artículo 63 N° 18 de la Constitución, pues permite oportuna y eficazmente al administrado presentar sus alegatos y discutir las afirmaciones hechas por la Administración (artículos 10, 17 y 20), presentar prueba e impugnarla (artículos 35 y 36), que su caso sea resuelto objetivamente (artículos 11 y 12), conocer en plazo oportuno una resolución final (artículos 7°, 8°, 9°, 13, 16, 18, 24, 27, 41, 64 y 65) y, en su caso, impugnarla (artículos 15, 59 y 60). Si la Superintendencia, en el caso concreto, hubiera omitido darle aplicación a la ley, sería un problema de legalidad, no de inconstitucionalidad”;

<sup>140</sup> En concreto, esta Magistratura sostuvo:

“27°. Que, en este sentido, en cuanto la Tesorería es un órgano de la Administración del Estado, el deudor requirente posee todos los derechos que le otorgan la normativa especial y la Ley N° 19.880, que recibe aplicación supletoria en la materia en virtud de su artículo 1°. La citada Ley N° 19.880 establece un verdadero “debido proceso administrativo”, en ejecución del mandato del artículo 63, N° 18°, de la Constitución. En efecto, se trata de una ley que permite oportuna y eficazmente al administrado presentar sus alegatos y discutir las afirmaciones hechas por la Administración (artículos 10, 17 y 20), presentar prueba e impugnarla (artículos 35 y 36), que su caso sea resuelto objetivamente (artículos 11 y 12),

proceso administrativo. De este modo, parece ser que el Tribunal ha reconocido que Ley N° 19.880, otorga garantías suficientes a un infractor en un procedimiento administrativo sancionador.

Así, tampoco existe claridad de cuáles serían las garantías precisas de un debido procedimiento administrativo sancionador. Por eso, al igual que con el proceso penal, se ha intentado delinear cuáles son los componentes mínimos de un debido proceso administrativo.

Cristián Maturana sostiene que un proceso administrativo debe cumplir con los siguientes diez derechos: el derecho a ser juzgado por un órgano administrativo imparcial; a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; el derecho a asistencia letrada; derecho a ser informado de la imputación del órgano administrativo; el derecho de proponer prueba y la garantía de contradicción en la rendición de ella, que la carga principal de la prueba recaiga en la Administración; que la valoración de esta sea racional y motivada; y, finalmente, que la resolución emitida por la Administración sea fundada tanto en los hechos como el derecho<sup>141</sup>.

Por su parte, para Eduardo Cordero un debido proceso exige que, en primer lugar, haya un procedimiento administrativo previo a la imposición de la sanción, es decir, que no se pueda imponer esta de plano; que sus bases sean reguladas por la ley –aunque no obsta que la normativa administrativa pueda complementar-, que exista un derecho a la defensa jurídica; y finalmente, que sea impugnabile y que se garantice el acceso a la justicia<sup>142</sup>.

De igual modo, Cristian Román sostienen que un debido proceso administrativo debe contemplar los siguientes derechos: derecho a la defensa jurídica; derecho a la presunción de inocencia; derecho a una revisión judicial posterior; el derecho a no autoincriminarse; y, el derecho a ser sancionado en un plazo razonable<sup>143</sup>.

---

*conocer en plazo oportuno una resolución final (artículos 7°, 8°, 9°, 13, 16, 18, 24, 27, 41, 64 y 65) y, en su caso, impugnarla (artículos 15, 59 y 60)."*

<sup>141</sup> (Maturana Miquel, 2014, pág. 28)

<sup>142</sup> (Cordero Quinzacara, 2017, págs. 71-74)

<sup>143</sup> (Roman Cordero, 2014, pág. 355)

Finalmente, la Corte Suprema también ha entregado elementos que definen un debido proceso administrativo sancionador. En efecto, ésta ha sostenido que el cumplimiento de la garantía del debido proceso administrativo se concreta a través de “*instancias de audiencia, publicidad y defensa para los administrados, consagrando medios de impugnación administrativos y jurisdiccionales de los actos terminales que se entiendan lesivos a los intereses de los particulares*”<sup>144</sup>. También, ha sostenido que es necesario el otorgamiento de algunas “*exigencias básicas que caracterizan un debido proceso, como la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas, así como la posibilidad de impugnar lo resuelto en sede jurisdiccional*”<sup>145</sup>.

En conclusión, el debido proceso administrativo es una garantía necesaria para la eficacia y efectividad de la sanción administrativa. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una regulación especializada sobre el procedimiento administrativo sancionador, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, el cual posee un procedimiento regulado en el Código Procesal Penal. Producto de la falta de regulación de un procedimiento administrativo sancionador, corresponde la aplicación de la Ley N.º 19.880. Ahora bien, ante la ausencia de un listado concreto de garantías, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han señalado un conjunto de derechos que se consideran básicos para cualquier procedimiento administrativo sancionador.

## **(b) PRINCIPIO DE CONTRADICTORIEDAD**

### **(i) Concepto.**

El principio de contradictoriedad es una concreción de la exigencia de un debido proceso que se manifiesta en la posibilidad de contradecir el interés o pretensión de la otra parte. Para ello, es necesario que se garantice un derecho a defensa en las diversas instancias dentro del proceso.

---

<sup>144</sup> SCS Rol N° 20380-2019, considerando 11°.

<sup>145</sup> SCS Rol N° 62.128-2016, considerando 14°.

## **(ii) Aplicación en el Derecho Penal.**

El derecho a defensa se encuentra regulado en diversos cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado, en la Constitución Política, la cual establece que toda persona tiene derecho a una defensa jurídica en la forma que la ley señale. En efecto, la Constitución prohíbe cualquier restricción a la intervención de un letrado en caso de haber sido requerida. Además, obliga al legislador a establecer los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pudieran procurárselo a sí mismos. Más aún, prohíbe que el imputado de un delito pueda renunciar a su derecho a ser asistido por un letrado, que le proporcionará el Estado en caso que no pudiera nombrarlo él mismo (artículo 19 N.º 3, incisos 2º, 3º y 4º). Para la doctrina, la expresión “intervención del letrado”, debe ser interpretado en términos amplios, ya que se refiere a la defensa jurídica, la que abarca más que la mera defensa técnica un abogado<sup>146</sup>.

Del otro lado, el Código Procesal Penal también regula el derecho a defensa del imputado. Desde luego, define al imputado como aquel a quien se le atribuyere participación en un hecho punible (artículo 7º). También, establece que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8º y 93º letra b)); solicitar diligencias al Ministerio Público; solicitar audiencia al juez para poder prestar declaración sobre los hechos de la causa; conocer el contenido de la investigación; guardar silencio o no prestar declaración bajo juramento; no ser juzgado en ausencia; solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o crueles (artículo 93º). Además, se obliga al juez de garantía, ya sea de oficio o a petición de parte, a tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el imputado pueda ejercer sus derechos en todo momento en caso que este no esté en condiciones de ejercerlos. Esto es lo que se conoce como la cautela de garantías (artículo 10º).

Estos derechos han sido clasificados por la doctrina como derechos a la defensa material

---

<sup>146</sup> (Chahuan Sarras, 2009, pág. 26)

y derechos a la defensa técnica. Dentro del primero grupo, se encuentra el derecho de información, el derecho de intervención en el procedimiento y los derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública. El segundo grupo, está integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor<sup>147</sup>.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador**

Este principio es una manifestación de la expresión del derecho a ser oído. Para que exista un derecho a la defensa de carácter sustantivo, es necesario que exista la posibilidad de formular alegaciones; rendir pruebas; conocer los hechos que ocasionarían una infracción; y las normas que se habrían transgredido.

Así se reconoce en el procedimiento administrativo, ya que los interesados podrán en cualquier momento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (artículos 10° y 17° letra f), Ley N.° 19.880). De igual modo, podrán conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados y acceder a los actos administrativos y documentos (artículo 17.° letras a) y d), Ley N.° 19.880). Asimismo, podrán alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva. También, se permite la facultad para que los órganos actúen asistidos de un asesor, cuando lo consideren conveniente a la defensa de sus intereses (artículo 10°, Ley N° 19.880).

Cabe mencionar, que el Boletín 3475-06, establecía que los infractores podían formular alegaciones y utilizar los medios de defensa y prueba admitidos por el ordenamiento jurídico (artículo 14°, letra b)). Además, se establecía que la Administración debía formular cargos de forma precisa, señalando la forma en que se ha iniciado el procedimiento, una descripción de los hechos que se estiman constitutivos de la infracción y la fecha de su verificación, la norma eventualmente infringida, la sanción asignada por la ley a esa infracción, el plazo para formular

---

<sup>147</sup> (Lopez Masle & Horvitz Lennon, 2002, pág. 77)

descargos y el organismo que instruye el procedimiento (artículo 20°). También, se exigía que la resolución final fuera fundada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente (artículo 25°).

Según Eduardo Cordero, el principio de contradictoriedad se hace presente en el procedimiento en la medida que hace exigible que se encuentren las siguientes instancias. Desde luego, que el acusado pueda acceder a los cargos que se le imputan. Asimismo, que exista una bilateralidad de la audiencia. Del mismo modo, que exista una oportunidad de descargos. Finalmente, que exista una oportunidad de aportar las pruebas que fundamenten la teoría ad hoc a los intereses propios<sup>148</sup>. Por su parte, para Luis Cordero el principio de contradictoriedad implica el derecho a ser informado oportunamente y en forma detallada de la acusación formulada, con los antecedentes que han permitido al fiscalizador acreditarla, y a disponer del tiempo adecuado para la preparación de su defensa<sup>149</sup>. En el mismo sentido, se manifestó la Corte Suprema este año, en cuanto estableció que el principio de contradictoriedad se expresa como un *“elemento del debido proceso, toda vez que en el procedimiento administrativo se exige, para su materialización, la formulación de cargos en términos tales que permitan a los administrados hacer ejercicio del derecho a defensa, concretando la bilateralidad de la audiencia, que supone la oportunidad de presentar descargos y aportar las pruebas que se estimen pertinentes”*<sup>150</sup>.

De este modo, es claro que el principio de contradictoriedad presenta una regulación más detallada en sede penal. Sin embargo, en el Derecho Administrativo Sancionador, la tendencia es ir consagrando cada vez más este principio, exigiendo diversas garantías para los infractores. Es decir, en el Derecho Administrativo Sancionador, cada vez se están exigiendo más garantías y derechos para quienes infringen una determinada regulación, acercando este nivel de garantías a las existentes en el Derecho Penal.

### **(c) PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD**

---

<sup>148</sup> (Cordero Quinzacara, 2017, pág. 86)

<sup>149</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 515)

<sup>150</sup> SCS Rol 20380-2018. En el mismo sentido se había manifestado en la sentencia SCS 62128-2016.



### **(i) Concepto.**

Durante un proceso jurisdiccional o un procedimiento administrativo, se pueden desarrollar diversos actos los cuales pueden ser irregulares o injustos. Corresponde a las partes solicitar el saneamiento de estos defectos, mediante la impugnación, la cual es definida como *“la acción y efecto de atacar o refutar un acto judicial, un documento, la declaración de un testigo, el informe de un perito, etc., con el fin de obtener su revocación o invalidación”*<sup>151</sup>.

Entonces, la impugnación es toda acción destinada a obtener el saneamiento y la incorrección o defecto el cual pueda adolecer un acto. Los recursos, en cambio, son las vías por las cuales se manifiesta la impugnación. Tanto en el Derecho Penal, como en el Derecho Administrativo, existen distintas vías de impugnación.

### **(ii) Aplicación en el Derecho Penal.**

En el sistema procesal penal, desde un punto de vista subjetivo, los recursos buscan la reparación del agravio. Mientras que desde el punto de vista del sistema jurídico, los recursos permiten controlar que se hayan respetado las reglas y garantías básicas del proceso penal.

En el nuevo sistema procesal penal, esto se materializó mediante la consagración del recurso de nulidad. Este recurso supone una excepción al principio de la doble instancia, ya que busca que se revisen cuestiones de derecho y no cuestiones de hecho.

El recurso de nulidad procede cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (artículo 373° letra a)). También, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, hubiere un error de aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373° letra b)). La interposición de un recurso no suspende la

---

<sup>151</sup> (Mosquera Ruiz & Maturana Miquel, 2010, pág. 17)

ejecución de la decisión, salvo que se impugna una sentencia definitiva condenatoria o que la ley disponga expresamente lo contrario (artículo 379°).

La doctrina explica que el recurso de nulidad tuvo por finalidad robustecer el papel de la Corte Suprema. En efecto, se buscó que la Corte estableciera criterios que apunten a la uniforme aplicación del derecho. Por eso, la Corte conoce del recurso nulidad cuando se hayan infringido sustancialmente los derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Mientras que, las Cortes de Apelaciones, solamente conocen los motivos absolutos de nulidad (artículo 374°), que son aquellos criterios que el legislador ha establecido previamente como motivos de nulidad<sup>152</sup>.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.**

La facultad de impugnar en sede administrativa es, como en general en el derecho, la posibilidad de atacar un acto con el fin de obtener su modificación, reemplazo o que se deje sin efecto. Así, lo garantizan los artículos 38° inciso segundo y artículo 19 N° 3 de la Constitución, permitiendo que cualquier persona lesionada pueda reclamar ante los tribunales que establezca el legislador. En el mismo sentido, la Ley N° 19.880 establece que todo acto administrativo es impugnabile por el interesado, mediante los recursos de reposición y jerárquico, sin perjuicio del recurso de revisión extraordinaria y de los demás recursos que establezca el legislador en las normas especiales (artículo 15°). En el mismo sentido se manifiesta la Ley N° 18.575.

Sin embargo, no todos los actos son impugnables, ya que los actos de mero trámite sólo serán impugnables cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión (artículo 15°, Ley N° 19.880).

La Ley N° 19.880 consagra diversos recursos. Estos son: el recurso de reposición (artículo 59°); el recurso jerárquico (artículo 59°); el recurso de revisión extraordinaria (artículo 60°) y, finalmente, el recurso de aclaración o rectificación (artículo 62°).

---

<sup>152</sup> (Chahuan Sarras, 2009, pág. 349)

Los recursos administrativos se interponen ante la misma Administración. En el caso del recurso de reposición, se interponen ante el mismo órgano que dictó el acto, mientras que, en el caso del recurso jerárquico, se interponen para ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto (artículo 59°).

Según explica Eduardo Cordero, la interposición de un recurso en sede administrativa no es igual a la interposición de un recurso en el Derecho Penal. Desde luego, porque no se encuentra regulado extenuantemente las instancias de un proceso administrativo sancionador. Además, en ciertos casos se encuentra regulada la condición denominada “*solve et repete*”<sup>153</sup>, traducida como “*paga y repite*”, la cual no es más que una condición procesal para la impugnación judicial de las multas administrativas, siendo esta el pago previo de la misma, sea parcial o total<sup>154</sup><sup>155</sup>. Respecto de este aspecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia de solve et repete es inconstitucional por afectar el derecho de acceso a la justicia<sup>156</sup>.

#### **(d) NON BIS IN IDEM**

##### **(i) Concepto**

El principio del *non bis in idem*, o en español, “*no dos veces lo mismo*”, lo que busca es

---

<sup>153</sup> Esta condición para impugnar se encuentra regulada en diversas sanciones, a saber, en el artículo 165 número 2 del Código Tributario, en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Seguro, artículo 35 inciso segundo del Decreto Ley N° 1.078, artículo 79 inciso final del Decreto Ley N° 1.094, artículo 37 inciso segundo de la Ley 18.302, el artículo 159 inciso 3 del Decreto N° 597 de 1984, el artículo 63 inciso 2 de la Ley N° 18455 de 1985<sup>153</sup>, el artículo 70 inciso 3 de la Ley N° 18.833 de 1989, entre otros. Con todo, ardua es la discusión de su legitimidad con respecto al artículo 19 número 3 inciso 5 de la Constitución, siendo derogado en diversas regulaciones, como ejemplo el artículo 27 N° 2 del DL 3.538 de 1980 y el artículo 22 del DFL N° 3 de 1997.

<sup>154</sup> (Cordero Quinzacara, 2017, pág. 435)

<sup>155</sup> El Boletín 3475-06, exigía para interponer reclamación contra una multa, debía acompañarse boleta de consignación por el 25% del monto de esta.

<sup>156</sup> En efecto, en la STC Rol N.º 2938, este Tribunal sostuvo:

*“Que, en un sentido similar, las modificaciones experimentadas al procedimiento laboral así como la declaración de inconstitucionalidad que esta Magistratura pronunció respecto del artículo 171 del Código Sanitario han ido dejando fuera del ordenamiento jurídico vigente las diversas manifestaciones relacionadas con la institución del ‘solve et repete’ (‘paga primero y después reclama’), precisamente por estimarse que vulneraban la tutela judicial efectiva o igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.”*

Del mismo modo se ha pronunciado en las STC Rol N° 1345; 546; 536; 946; 968; 1332; 1356; 1382; 1391; 1418; 1470; 1580, entre otras.

*“impedir la doble punición de los mismos hechos”*<sup>157</sup>. Así, podemos considerar este principio de dos maneras. Por una parte, la prohibición de una doble sanción por parte del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Por la otra, la prohibición del mismo enjuiciamiento, es decir, en la misma sede jurídica, pues se *“procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo por segunda o ulterior vez para los mismos efectos”*<sup>158</sup>.

Respecto a la regulación de este principio, cabe precisar que no existe norma alguna que lo regule como tal. Sin embargo, la doctrina lo desprende del principio de legalidad (artículo 6° y 7°, Constitución); del principio de tipicidad (artículo 19 N.º 3 inciso final), del principio de proporcionalidad (artículo 19 N.º 3 inciso 8°); y, finalmente, del debido proceso, específicamente en la proscripción de hacer revivir procesos fenecidos (artículo 76°)<sup>159</sup>.

## **(ii) Aplicación en el Derecho Penal**

La regulación a nivel legal del principio se encuentra principalmente en sede penal, específicamente, en el artículo 1° inciso 2° del Código Procesal Penal, el cual sostiene que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. Por su parte, el artículo 13° del Código Procesal Penal regula la aplicación de las sentencias en el extranjero en Chile, evitando así doble enjuiciamiento en un lugar y otro.

---

<sup>157</sup> (Vergara Blanco, 2004)

<sup>158</sup> (Gómez González, 2017, pág. 103)

<sup>159</sup> Respecto de normas de internacionales, el principio de non bis in idem ha sido reconocido en diversos pactos internacionales. En primer lugar, el artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual dispone:

*“Artículo 14:*

*7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”*

En segundo lugar, el artículo 8 N° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 sostiene:

*“Artículo 8. Garantías Judiciales*

*4. El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.*

Este principio es relevante para distinguir entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal y las formas de convergencia entre ambos. Muchas veces surge la duda de si existe o no una doble sanción a los mismos hechos por parte del sistema penal y el sistema administrativo. Nada se dice sobre cómo se ha de dilucidar y qué normas han de ser preferentes<sup>160</sup>.

### **(iii) Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador**

El principio non bis in ídem ha tenido un largo desarrollo y conceptualización, tanto a nivel comparado como a nivel nacional.

En el derecho comparado, el Alejandro Nieto García, sostiene que *“el principio de non bis in ídem significa, en términos muy simples, que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho”*<sup>161</sup>. Por su parte, Lucía Alarcón Sotomayor sostiene que *“el principio de non bis in ídem es entendido como prohibición de doble castigo”*<sup>162</sup>.

En el derecho nacional, Jorge Bermúdez sostiene que *“para el ámbito del Derecho Administrativo sancionador se define como el derecho público el ciudadano no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa o con dos sanciones administrativas, siendo indiferente que éstas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva”*<sup>163</sup>. Por otra parte, para Rosa Fernanda Gómez, mediante este principio *“se procura*

---

<sup>160</sup> En la jurisprudencia española ha existido una larga discusión sobre este tema. A este respecto, se discute sobre cuáles normas han de aplicarse preferentemente, y en ese sentido, existe una tendencia de preferencia penal y otras de preferencias cronológicas. Desde la tendencia que prefiere la sanción penal encontramos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el cual se ha pronunciado estableciendo que existe una subordinación de los actos de la Administración a los actos de autoridad judicial (STC 77/1983), como también se han esgrimido argumentos sobre una mayor garantía al individuo juzgado en el proceso penal (STC 2/2003). Por el otro lado, la postura que cree de mayor asidero el zanjar por la cronología de los juicios, esto es, una vez obtenida una sentencia condenatoria se veta el paso a otro juicio, también ha sido esbozado por el Tribunal Constitucional Español (STC 1771/1999) (Nieto, 2017).

<sup>161</sup> (Nieto García, 2017, pág. 429)

<sup>162</sup> (Alarcón Sotomayor, 2008, pág. 25).

<sup>163</sup> (Bermúdez Soto, 2011, pág. 288)

*impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente”<sup>164</sup>.*

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este es un principio esencial de nuestro ordenamiento. En efecto, en la STC Rol N° 2045, este Tribunal estableció:

*4º: “(...) que es una base esencial de todo ordenamiento penal democrático el principio de que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el “non bis in ídem”. Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad”<sup>165</sup>.*

Como se desprende, el principio non bis in ídem presenta un doble carácter. Por una parte, desde una perspectiva material se impide una pluralidad de medidas ante un mismo hecho. Por la otra, desde el ámbito procesal se proscribe la tramitación de procedimientos coetáneos o sucesivos por el mismo hecho<sup>166</sup>.

Los requisitos para la procedencia del principio non bis in ídem son los siguientes.

En primer lugar, se quiere que exista identidad de sujeto, es decir, que se proceda a sancionar dos o más veces a la misma persona física o jurídica. Comprobar la identidad subjetiva no suele plantear mayores problemas, sobre todo en el ámbito administrativo, donde no se discute la procedencia de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>167</sup>.

En segundo lugar, para la configuración del principio non bis in ídem se requiere que exista identidad objetiva, de hecho o fáctica. Esto supone la configuración efectiva o práctica de una acción u omisión susceptible de ser encasillada en una descripción legal típica. Sobre

---

<sup>164</sup> (Gómez González, 2017, pág. 103)

<sup>165</sup> En el mismo sentido, se pronuncia la STC Roles N° 2254 considerando 4º, N° 2108 considerando 14º, N° 2236 considerando 14º, N° 1968 considerando 39º.

<sup>166</sup> (Gómez González, 2017, pág. 114 y 115)

<sup>167</sup> Nada impide que posteriormente se persiga la responsabilidad, sea penal o administrativa, de las personas naturales que representan a las personas jurídicas. (Gómez González, 2017, pág. 114)

este punto, Alejandro Nieto sostiene que la doctrina dominante al día de hoy, *“que califica los hechos como una unidad o pluralidad, no es la naturaleza de la percepción natural del observador y ni siquiera la voluntad del actuante, sino el legislador. Es la norma, en otras palabras, quien nos dice en cada caso si media uno o varios hechos”*<sup>168</sup>. En el derecho nacional, Juan Pablo Mañalich, sostiene que *“por ‘un mismo hecho’ hay que entender aquí una misma unidad de significación delictiva, o ampliando el prisma: una misma unidad de instanciación de ilicitud, cuya identidad será relativa a alguna descripción”*<sup>169</sup>.

En tercer lugar, debe existir identidad de fundamento punitivo. Esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico.

En el sistema administrativo, el referido principio se encuentra consagrado en el artículo 60° de la Ley N° 20.417, que regula la Superintendencia del Ministerio del Medio Ambiente, la cual, a contrario sensu de cualquier otra, establece un orden de preferencia de sanción<sup>170</sup>. Así, esta establece que cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad. En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.

En suma, el Derecho Administrativo Sancionador reconoce este principio. Sin embargo, no existe una regla general que determine la preferencia o prelación de sanciones en caso que un mismo hecho sea constitutivo de una pena y a la vez de una infracción administrativa.

---

<sup>168</sup> (Nieto García, 2017, pág. 489)

<sup>169</sup> (Mañalich, 2014, pág. 548)

<sup>170</sup> Esta norma dispone:

*“Artículo 60°.- Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad. En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”.*

### **CAPÍTULO III. LA FORMA TRADICIONAL DE CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**

Habiendo examinado los principios del ordenamiento jurídico que conforman el Derecho Administrativo Sancionador, corresponde examinar la discrecionalidad de la Administración al momento de aplicar una sanción, y su posterior control jurisdiccional.

La sanción administrativa es un acto discrecional por las siguientes razones. En primer lugar, porque la Administración tiene una discrecionalidad de elección, que le permite elegir entre diverso tipo de sanciones administrativas para aplicar ante una infracción administrativa. En segundo lugar, porque la Administración tiene una discrecionalidad de decisión, que le permite decidir el monto específico de la sanción.

Por estas razones, es necesario examinar cómo se ha de controlar que la Administración ejecute conforme a derecho las labores que la ley le encomienda. En ese sentido, existen formas tradicionales de control, que examinaremos en el presente capítulo. Adicionalmente, existe una nueva forma de control, que abarcaremos en el capítulo siguiente. Para ello, en el presente capítulo abordaremos, en primer lugar, qué es la potestad discrecionalidad. En segundo lugar, cómo se efectúa el control jurisdiccional. Y, finalmente, ahondaremos en las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad administrativa.

#### **A) LA POTESTAD DISCRECIONAL**

##### **(a) Concepto de la potestad discrecional.**

Para que la Administración pueda desenvolverse debe estar facultada por el legislador (artículo 6° y 7°, Constitución; artículo 2°, Ley N° 18.575). Ahora bien, el legislador puede desarrollar una regulación exhaustiva que no entregue margen a la Administración, o bien, puede regular de forma flexible y amplia las actuaciones de la Administración. Esta distinción nos lleva a la distinción clásica entre potestades regladas y discrecionales.



Por una parte, la potestad reglada es aquella potestad administrativa que regula de forma exhaustiva todas las condiciones del ejercicio de la misma. La Administración es un mero ente ejecutor de la ley. En palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *“el ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación (accertamento, en el expressio concepto italiano) del supuesto De hecho legalmente definido de manera completa y aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente”*<sup>171</sup>. En nuestro derecho, Luis Cordero sostiene que la potestad reglada es aquella en donde, *“toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constata la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible ilícita en Derecho”*<sup>172</sup>.

Por la otra, la potestad discrecional se refiere a aquella potestad que, siendo otorgada por ley, se le entrega un espacio de apreciación subjetiva y poder de decisión entre alternativas equivalentes a la Administración. En palabras de García de Enterría y Fernández, la potestad discrecional se produce cuando hay una *“inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”*<sup>173</sup>.

En el derecho comparado, existen numerosas definiciones de la discrecionalidad administrativa. Algunos autores enfatizan la multiplicidad de opciones que supone la discrecionalidad administrativa. En este sentido, García de Enterría y Fernández definen la potestad discrecional como *“la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio”*<sup>174</sup>. En el mismo sentido, Juan Alfonso Santamaría Pastor, sostiene que la discrecionalidad existe cuándo *“la administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas”*<sup>175</sup>. Finalmente, el autor argentino Juan Carlos Cassagne, la discrecionalidad *“es una libertad que le permite a la Administración elegir*

---

<sup>171</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 477)

<sup>172</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 82)

<sup>173</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 478)

<sup>174</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 508)

<sup>175</sup> (Santamaría Pastor, 1991, pág. 886)

*entre actuar y no actuar, mientras que en otros supuestos (discrecionalidad de actuación), se configura una libertad opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección)”<sup>176</sup>.*

Otros autores definen la discrecionalidad haciendo énfasis en la habilitación que el legislador ha hecho a la Administración. En este sentido, Luciano Parejo dice que la discrecionalidad *“consiste en la atribución a la administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión”<sup>177</sup>*. Del mismo modo, Eva Desdentado sostiene que *“la potestad discrecional es, por tanto, aquella que ejercen los órganos encargados de la interpretación y aplicación del derecho en la resolución de supuestos cuya solución no viene determinada por el ordenamiento”<sup>178</sup>*.

En nuestro derecho también es posible encontrar definiciones sobre la potestad discrecionalidad. Así, Eduardo Soto Kloss sostiene que la potestad discrecional es la *“libertad de apreciación para definir frente a determinados hechos objetivos - que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública- la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad”<sup>179</sup>*. Por su parte, Pedro Pierry sostiene que la potestad discrecional es la *“facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”<sup>180</sup>*. Asimismo, Luis Cordero dice que la potestad discrecional *“se dará en los casos en que el legislador le confiere la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles”<sup>181</sup>*. Finalmente, para José Miguel Valdivia la discrecionalidad es *“la particularidad de flexibilizar la acción administrativa, legitimando las opciones que se adopten”<sup>182</sup>*.

---

<sup>176</sup> (Cassagne, 2016, pág. 259)

<sup>177</sup> (Parejo Alfonso, 1993, pág. 121)

<sup>178</sup> (Desdentado, 1999, pág. 40)

<sup>179</sup> (Soto Kloss, 2012, pág. 440)

<sup>180</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 162)

<sup>181</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 83)

<sup>182</sup> (Valdivia J. M., 2018, pág. 224)

En suma, la potestad discrecional significa que la ley le entrega libertad en la elección a la Administración. Es decir, el ejercicio discrecional de la Administración es la apreciación subjetiva que hace de la circunstancia particular; y que culmina con la elección de una solución entre varias alternativas que son “*igualmente justas*”<sup>183</sup>. Para que la solución no se considere justa debe apartarse de lo que se considera apropiado, ya sea porque se desvía de la finalidad establecida por ley, y/o porque sus contenidos vulneran los estándares legales o aquellos fijados por los principios<sup>184</sup>.

### **(b) Las características de la potestad discrecional**

Desde luego, la potestad discrecional no es global o completa, sino que algunos de los elementos de la potestad son discrecionales y otros son reglados. En palabras de Schmidt-Assmann, “*la idea de una ‘Administración libre de ley’ es engañosa, pues siempre existirán al menos regulaciones de índole organizativa, presupuestaria o procedimental*”<sup>185</sup>.

Enseguida, la discrecionalidad no es un vacío legal, sino que es un reconocimiento de libertad explícito que el legislador le ha hecho a la Administración. Como sostiene José Miguel Valdivia, “*la ley habilita a la Administración a adoptar, en presencia de un determinado supuesto de hecho, uno más medidas previstas en un catálogo más o menos extenso*”<sup>186</sup>.

Asimismo, la indeterminación de algunos conceptos son definidos por la Administración. Sin embargo, esta determinación es inicial, por lo que puede ser sustituida y revisada por el juez. Así lo establece Juan Carlos Cassagne, quien sostiene quien “*aun cuando los respectivos conceptos son de valor técnicos o políticos y confieren a la decisión de la Administración ‘una cierta presunción en favor de su juicio dentro del ‘halo del concepto’, presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial*”<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> (García de Enterría & Fernandez, 2011, pág. 483)

<sup>184</sup> (García de Enterría & Fernandez, 2011, pág. 480 y ss.)

<sup>185</sup> (Schmidt-Assmann, 2003, pág. 214)

<sup>186</sup> (Valdivia, 2018, pág. 227)

<sup>187</sup> (Cassagne, 2016, pág. 249)

Finalmente, la discrecionalidad supone que la Administración puede elegir entre múltiples soluciones, todas igualmente válidas. Como explica Garrido Falla, hay “*una posibilidad de elección administrativa, es decir, se desprende que el legislador ha querido atribuir discrecionalidad*”<sup>188</sup>.

Ahora bien, la Administración no actúa con absoluta libertad. Como explica Schmidt-Assmann, “*la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, cómo poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada*”<sup>189</sup>.

### **(c) Clasificaciones de la potestad discrecional**

La potestad discrecional de la Administración admite múltiples clasificaciones.

En primer lugar, la potestad discrecional puede ser clasificada en discrecionalidad fuerte o débil. La primera, es aquella en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra. La segunda, se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica, sino que exigen una operación de discernimiento<sup>190</sup>.

En segundo lugar, cabe distinguir entre la denominada discrecionalidad técnica y la discrecionalidad de política pública. La primera, significa que el ordenamiento instituye procedimientos u organismos técnicos especializados para la gestión de determinados intereses públicos. En palabras de Fernando Garrido Falla, la discrecionalidad técnica “*son cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración*”. Esta forma de discrecionalidad presenta restricciones al control judicial al no

---

<sup>188</sup> (Garrido Falla, 1982, pág. 262)

<sup>189</sup> (Schmidt-Assmann, 2003, pág. 221)

<sup>190</sup> (Cassagne, 2016, págs. 260 - 261)

ser los jueces técnicos expertos<sup>191</sup>. La segunda, se da cuando se reconoce un margen de decisión propio e individual a las autoridades competentes para que adopten una medida valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta<sup>192</sup>.

## **B) DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Los conceptos jurídicos pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros son aquellos que determinan la realidad de manera objetiva, por ejemplo, la mayoría de edad de una persona. En cambio, los conceptos jurídicos indeterminados son, en palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, aquellos “*cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado*”<sup>193</sup>. Por su parte, Eva Desdentado define los conceptos jurídicos como aquellos que “*no nos suministran una guía segura para clasificar los casos dudosos debido a su uso impreciso*”<sup>194</sup>.

García de Enterría y Fernández han clasificado los conceptos jurídicos indeterminados en dos. De un lado, aquellos conceptos jurídicos indeterminados que incorporan nociones de experiencia, que son aquellos que se ventilan en la apreciación de hecho, por ejemplo, si un edificio está en ruina o no. García de Enterría y Fernández sostienen que este tipo de conceptos jurídicos indeterminados son controlables plenamente por el juez. Del otro lado, se encuentran los conceptos de valor, que son aquellos que implican un juicio de valor, bien sean técnicos (por ejemplo, impacto ambiental) o políticos (por ejemplo, interés general). En este caso, el control judicial se encuentra más restringido ya que sólo procederá cuando el juez constate excesos en las determinaciones de la Administración<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> (Garrido Falla, 1982, págs. 262 - 263)

<sup>192</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 85)

<sup>193</sup> (García de Enterría & Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2011, pág. 482) (Desdentado, 1999, pág. 102)

<sup>194</sup> (Desdentado, 1999, pág. 101)

<sup>195</sup> (García de Enterría & Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2011, pág. 486)

La existencia de los conceptos jurídicos indeterminados se justifica por diversas razones. Desde luego, por la infinidad de circunstancias y casos que se presentan en la realidad, de modo que el legislador no puede anticiparse a todos los supuestos. Asimismo, el establecimiento de reglas precisas y fijas obliga a que se tengan que revisar de forma constante para saber si se encuentran acordes a las circunstancias actuales. Finalmente, una regulación detallada y minuciosa, queda obsoleta con mucha más facilidad que una regulación genérica<sup>196</sup>.

Respecto a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial existen diversas teorías.

Por una parte, están aquellos que consideran que los conceptos jurídicos indeterminados sólo pueden dar lugar a una solución correcta, por lo cual no existe un ámbito de discrecionalidad administrativa. En este sentido, García de Enterría sostiene que *“el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación”*<sup>197</sup>. Para este autor, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación legal, puesto que se trata de subsumir diversas circunstancias en distintos supuestos legales. Por eso, la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, a diferencia de una potestad discrecional, sólo permite una solución para el caso concreto<sup>198</sup>. Así, para poder comprender bien el proceso de interpretación de estos conceptos, este autor se remite a la teoría de las esferas de certeza, los cuales se aplicaría tanto a los conceptos jurídicos indeterminados de experiencia, como también a los conceptos de valor<sup>199</sup>. Esta teoría sostiene que dentro del concepto jurídico indeterminado podemos distinguir una esfera de certeza positiva, otra negativa y, finalmente, una esfera de incertidumbre. Dentro de la esfera de certeza positiva encontramos todos aquellos supuestos fácticos en donde no existe duda alguna que se enmarcan dentro del supuesto regulado por dicho concepto. Dentro de la esfera de certeza negativa está la imposibilidad de aplicar el término a determinados objetos, lo cual tampoco plantea problemas.

---

<sup>196</sup> (Desdentado, 1999, págs. 103 - 104)

<sup>197</sup> (García de Enterría, 1962, pág. p. 173)

<sup>198</sup> (García de Enterría & Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2011, pág. 483)

<sup>199</sup> (García de Enterría & Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2011, pág. 485) (Desdentado, 1999, pág. 115)

Finalmente, entre ambas zonas de certeza, existe una zona de indeterminación, es decir, respecto de aquellos supuestos donde hay duda en la aplicación del objeto.

Para esta postura, el control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados es pleno, aún en la zona de indeterminación o incertidumbre. Así, el juez debe resguardar la legalidad y controlar la aplicación de estos conceptos, independientemente de si estos se encuentran determinados o no, es decir, la Administración no tiene espacio alguno de discrecionalidad, y el juez al controlar, verifica que la actuación de esta se haya sujetado a la legalidad<sup>200</sup>.

Por la otra, hay autores que sostienen que hay un margen de discrecionalidad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta postura sostiene que sólo hay discrecionalidad respecto de los conceptos de valor, es decir, para esta tesis, cuando hay un acto de comprobación, la Administración carecerá de discrecionalidad. En cambio, cuando haya un acto de valoración, procederá la discrecionalidad administrativa. En consecuencia, en estos casos de valoración, puede haber múltiples soluciones, todas igualmente lícitas<sup>201</sup>.

Respecto del control judicial, estos autores sostienen que hay un juicio de valoración que hace la Administración y que no es sustituible por el juez, es decir, en los casos que se aplican conceptos de valor, el juez no podrá controlar la decisión de la Administración por dos razones. De un lado, el legislador no ha facultado al juez para poder reemplazar la decisión de la Administración. Del otro, el juez solamente está facultado para controlar la legalidad del acto, de modo que el control judicial debe respetar la decisión y valoración que la Administración adopte respecto de los conceptos jurídicos indeterminados.

### **C) EL CONTROL JUDICIAL Y LA DISCRECIONALIDAD.**

En esta sección, primero se hará referencia a los distintos tipos de control judicial en el derecho nacional. Posteriormente, se hará referencia a los alcances de este control.

---

<sup>200</sup> (Desdentado, 1999, pág. 115)

<sup>201</sup> (Desdentado, 1999, págs. 116 - 119)

### **(a) El control judicial en el derecho nacional**

En nuestro derecho, podemos distinguir entre un control general y un control especial. El control general se refiere a los diversos medios de impugnación de actos administrativos. A diferencia del control especial, el control general no sólo procede respecto de actos administrativos sancionatorios, sino que también procede respecto de todo acto administrativo que pueda emanar de la autoridad. En esta categoría se encuentra el recurso de protección y la nulidad de derecho público. Por otra parte, el control especial es el conjunto de mecanismos de impugnación que se encuentra contemplado en mecanismos sectoriales para el control de los actos administrativos sancionadores. Al respecto, existen múltiples acciones, consagradas en diversas normas sectoriales para impugnar una sanción administrativa, de modo que no existe uniformidad en esta regulación<sup>202</sup>.

Dentro del control judicial de la sanción administrativa, podemos distinguir entre aquellos procedimientos sancionatorios que son objeto de control por los tribunales ordinarios por texto expreso, por ejemplo, contra las multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el afectado puede reclamar ante el juez civil (artículo 13°, Ley N° 18.902). También, podemos distinguir aquellos procedimientos administrativos que son objeto de control judicial por tribunales, pero sin que exista texto expreso. En efecto, en esta categoría destaca el recurso de protección. Finalmente, se encuentran aquellos procedimientos sancionatorios que son controlados por tribunales especiales, por ejemplo, el control judicial que realiza Tribunal Ambiental respecto de las sanciones impuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente (artículo 56° Ley N° 20.417).

### **(b) Alcances del control judicial.**

La tradición jurídica continental puede ser reducida a dos remedios básicos y contrapuestos que proyectan un estándar de revisión diferenciado<sup>203</sup>. De un lado, están los recursos o acciones por exceso de poder o anulatorios. Mediante estos recursos, los jueces pueden revisar la

---

<sup>202</sup> (Osorio Vargas, 2017, págs. 1082-1083)

<sup>203</sup> (Jara Schnettler, 2018, pág. 72)



legalidad del acto, pudiendo sólo anular en el caso en que lo consideren ilegal, debiendo solicitar a la institución administrativa que dictó dicho acto ilegal, que emita uno nuevo. Del otro, está el recurso de plena jurisdicción, que permite a los jueces anular el acto administrativo que consideren ilegal y dictar uno nuevo ellos mismos. En este caso, el control judicial es profundo e integral, lo cual implica que el juez tendría la facultad para no sólo revisar los hechos, la existencia o no de una infracción y la calificación jurídica que ha realizado el ente administrativo, sino que la sanción misma, lo cual implica poder modificarla, modularla o rebajarla<sup>204</sup>.

Asimismo, en la doctrina comparada también se ha discutido cuál debe ser el alcance del control judicial.

Por una parte, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se manifiestan a favor del control judicial integral, es decir, plantean una plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, de que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Estos autores explican que hay casos en que no habrá duda en que el juez deberá realizar un control judicial íntegro, esto es, anular y sustituir el acto administrativo, pues la discrecionalidad se encuentra en el caso de lo que la doctrina alemana denomina reducción a cero. Estos casos se presentan cuando, a través del procedimiento administrativo, las alternativas de solución disponibles para la Administración se van reduciendo a tal nivel de que sólo existe una opción viable. En otras palabras, casos en que la discrecionalidad se reduce a cero. Sin embargo, existirán muchos casos en que se presentará el debate si el juez debe remitirse a la Administración o podrá sustituir la actividad de la Administración y este elegir una alternativa dentro de todas las varias soluciones disponibles y equivalente<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> En su texto, Jara comenta que hay ciertos autores como Andrés Bordalí e Ivan Hunter que postulan que las modificaciones que puede hacer la Corte en cuanto a la sanción es sólo una modificación que puede hacer la sanción variar sin agravar, y excepcionalmente podría ser en detrimento del sancionado con norma habilitante (Jara Schnettler 2018, p. 84-85.).

<sup>205</sup> (E. García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I 2011, p. 509).

Por el otro lado, Luciano Parejo<sup>206</sup> y Miguel Sánchez Morón<sup>207</sup> sostienen que, el control jurisdiccional es un control que ha de revisar que la potestad sea ejercida dentro de los límites del derecho, por lo que los jueces no pueden reemplazar las decisiones técnicas o políticas que adopte la Administración. Para estos autores, el juez actúa como un administrador negativo, ya que puede decir lo que la Administración no puede hacer, pero no puede decir lo que la Administración si puede hacer. En ese sentido, estos autores sostienen que el control jurisdiccional ha de reducirse exclusivamente a un control jurídico, lo cual no es más que el control de los elementos reglados de la discrecionalidad administrativa.

Estos autores sostienen que el derecho es un marco externo dentro del que debe ejercerse la discrecionalidad, pero en la medida en que dicho contenido debe llenarse de apreciaciones, valoraciones u opciones políticas, económicas, técnicas o, en términos generales, de oportunidad, no es susceptible de analizarse con parámetros jurídicos<sup>208</sup>. Además, estos autores sostienen que, mediante el control jurisdiccional, el legislador ha entregado al juez facultades para controlar el acto dictado por la Administración, pero no le ha entregado ninguna facultad que permita sustituirla. Sin embargo, la presente postura no niega del todo la sustitución judicial. Si bien los órganos judiciales, por regla general, no pueden sustituir el contenido discrecional de los actos de la Administración, a menos que sólo hubiera una solución conforme a Derecho en dicho caso<sup>209</sup>.

En nuestro derecho, también se ha discutido la extensión del control judicial, específicamente, en el ámbito de las sanciones administrativas. Para la doctrina mayoritaria, *“los procesos de reclamación contenciosa de las sanciones administrativas deben entenderse dentro de las acciones de plena jurisdicción”*<sup>210</sup>. La principal razón que esgrime la doctrina nacional para justificar dicha posición recae en que las descripciones de los procesos legales no contemplan limitaciones, por lo que implícitamente se comprende que las normas comprenden una revisión extensa e integral<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> (Parejo Alfonso, 1993)

<sup>207</sup> (Sanchez Morón, 1994)

<sup>208</sup> (Sánchez Morón, 2011, pág. 264)

<sup>209</sup> (Sánchez Morón, 2011, pág. 269)

<sup>210</sup> (Jara Schnettler, 2018, pág. p. 79).

<sup>211</sup> (Jara Schnettler, 2018, pág. 84)

En sentido contrario, Jorge Bermúdez sostiene que la Administración al actuar cuenta con potestades discrecionales que han sido atribuidas por el legislador. En efecto, para este autor, *“tan amplias potestades del juzgador no pueden ser entendidas de un modo tan amplio como para justificar la sustitución de la Administración por el juez”*<sup>212</sup>. Para Jaime Jara, una de las razones por las cuales los jueces no tienen un poder tan amplio, es porque existe una deferencia a las investigaciones y valoraciones de los organismos técnicos y políticos. Esto se debe especialmente a que los jueces carecen de la especialización que tiene el órgano administrativo para entrar en las materias técnicas para las cuales fueron especialmente creadas y facultadas por el legislador<sup>213</sup>.

Cuando el legislador ha querido otorgarle la facultad al juez de poder dictar un nuevo acto, así lo ha establecido. En efecto, en el reclamo de ilegalidad municipal, el legislador facultó al juez para *“la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada”* e incluso para la declaración del derecho a los perjuicios cuando se hubieren solicitado<sup>214</sup>.

Sobre los alcances del control judicial en materia de sanciones administrativas, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido pacífica. Así, en el año 2015, la Corte Suprema sostuvo que tiene potestades para revisar y controlar dicho monto, incluso aunque no medie una

---

<sup>212</sup> (Bermúdez Soto, 1996, pág. 283)

<sup>213</sup> (Jara Schnettler, 2018, pág. 78)

<sup>214</sup> Así lo establece el DFL N° 1 que fija el texto refundido de la Ley N° 18.695, en su Artículo 151 letra h):

*“Artículo 151.- Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:*

*h) La corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiere ser constitutiva de delito [...].”*

norma expresa al respecto<sup>215</sup>. Sin embargo, la Corte parece haber cambiado de criterio<sup>216</sup>. Así, el año 2017 se pronunció en dos sentencias sosteniendo que solamente puede revisar la legalidad de la decisión administrativa, más no reemplazarla<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Este cambio de criterio de la Corte no es nuevo. Previamente, ya había fallado en este sentido. Por ejemplo, en la SCS Rol N° 14.002/2013, la Corte Suprema manifestó que la facultad de fijar un monto de la sanción es una potestad privativa de los órganos administrativos dotados por ley para ello. En efecto, en el considerando 8°, se establece:

*“En efecto, dichas autoridades, en uso de las facultades de que están investidas privativamente, aprecian y regulan la cuantía de la multa que se ha de aplicar al infractor, sin que las decisiones que recaigan sobre dicho aspecto puedan ser sometidas al control del recurso de casación en el fondo. Así, y como se ha explicado, la regulación del quántum de la sanción es una cuestión cuyo establecimiento es atribución soberana de tales entes que escapa por completo al control jurídico de la presente vía. Por ello, no es posible que se haya producido la infracción basada en una drástica reducción del monto de la misma”.*

<sup>216</sup> En efecto, en la SCS Rol N° 1534/2015, dispuso:

*4°: “Que, por su parte, el artículo 174 del Código Sanitario preceptúa que la infracción de las disposiciones de ese texto legal o de sus reglamentos, salvo aquellas que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Luego, si una norma punitiva establece límites entre un mínimo y un máximo de sanción, la impugnación que se formule no puede excluir, sin que medie disposición legal expresa, la regulación de su extensión, pues de lo contrario dicha graduación sólo quedaría al arbitrio de la autoridad administrativa”.*

*5°: “Que, por lo demás, la necesidad de que todo castigo sea adecuado y racional es precisamente el fundamento de los reclamos que concede la legislación, desde que no sólo se puede incurrir en un acto injusto e ilegal con la imposición de una sanción, sino también en la determinación de su envergadura, de manera que corresponde a los tribunales cautelar la equidad con que se aplican especialmente las normas que tienen carácter represivo o castigador.”*

<sup>217</sup> En la SCS Rol N° 3598/2017, la Corte dispuso:

*7°: “Que se debe destacar, que tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse respecto del ejercicio de la facultad reglada; sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar respecto del ejercicio de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad”.*

Además, en la SCS Rol N° 38914/2017, la Corte sostuvo:

*9°: “Que se debe destacar que tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse respecto del ejercicio de la facultad reglada; sin embargo, existen discrepancias en cuanto a aquel que corresponde desplegar respecto de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la Administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos*

**(c) Técnicas de control judicial de la discrecionalidad.**

A partir de las bases de las discusiones anteriores, cabe examinar qué es lo que controlan los jueces al controlar la discrecionalidad. Tradicionalmente se ha controlado la discrecionalidad en la aplicación de la sanción administrativa a través de diversas técnicas. En particular, se ha controlado por medio de los elementos reglados del acto administrativo, y a través de los principios generales del derecho.

Para dicho efecto, cabe precisar que los actos administrativos se componen tanto de elementos reglados como de elementos discrecionales. Rara vez hay actos completamente reglados (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia de conducir). Mientras que actos completamente discrecionales son imposibles de concebir, ya que el acto, al menos, debe tener una finalidad de interés público cuya sola mención contiene un principio de reglamentación.

La discrecionalidad es difícil de controlar. Por lo mismo, se debe buscar una forma indirecta de hacer este control. Una forma de controlar la discrecionalidad del acto administrativo es analizando los elementos reglados de este. La discrecionalidad, al ser una potestad atribuida por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución.

Así, los elementos reglados de los actos discrecionales son: la competencia del órgano, el fin del acto, el motivo del acto, el contenido del acto y los hechos de este. Consecuentemente, cada elemento tiene un vicio asociado que puede ser controlado mediante el control judicial.

---

*intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.*

*Asentado lo anterior corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla”.*

## (i) Control por medio de los elementos reglados

### a. Conceptualización de los elementos reglado y la forma de control.

Todo acto administrativo está compuesto por algunos elementos reglados y, a la vez por elementos discrecionales. Lo anterior es resultado de que, como se dijo, la discrecionalidad es una consecuencia de la legalidad. En este sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han sostenido que *“la discrecionalidad, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución”*<sup>218</sup>.

En nuestro derecho, Jorge Bermúdez ha sostenido que *“en todo acto existen elementos reglados, como por ejemplo la competencia para ejercitar dicho acto. No existirá potestad de ningún tipo sin una norma que previamente la atribuya, en consecuencia, este será el primer elemento controlable de un acto discrecional”*<sup>219</sup>. En el mismo sentido, Luis Cordero establece:

*“un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia), o por supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó”*<sup>220221</sup>.

El acto administrativo tiene elementos de tres clases<sup>222</sup>.

En primer lugar, están los elementos subjetivos. Se denominan así porque atienden al sujeto de la Administración que los dicta. Estos elementos son: la competencia y el agente

---

<sup>218</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 492)

<sup>219</sup> (Bermúdez Soto, 2012, pág. 278)

<sup>220</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 86)

<sup>221</sup> Esta misma expresión fue recogida por la Corte Suprema, en la SCS Rol N° 3598-2017. Considerando 7°.

<sup>222</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, págs. 575 - 592) (Arena Muñoz, 2015, págs. 101 - 130)

público. Los vicios asociados a estos elementos son: el exceso o abuso de poder y el vicio de investidura.

En segundo lugar, están los elementos objetivos del acto. A diferencia de los elementos anteriores, estos no atienden al sujeto de la Administración que los dicta, sino al acto propiamente tal. Estos elementos son: el objeto, la causa o motivo y el fin. El objeto es la declaración emitida por la Administración. El vicio asociado a este elemento puede ser: la violación de ley. Por su parte, la causa o motivo son las circunstancias concretas que explican la dictación del acto administrativo. Este elemento puede adolecer de tres vicios: el error material, el error de hecho y el error de derecho. Respecto del fin, este es el interés público para cuya satisfacción el ordenamiento le ha conferido una potestad a la Administración. El vicio asociado a este elemento es la desviación de poder o desviación de fin.

Finalmente, se encuentran los elementos formales del acto. Estos son: el procedimiento y las formas externas de manifestación del acto. Los vicios del procedimiento consisten en la falta o ausencia de un trámite del procedimiento administrativo. La regla general es que los vicios formales no afecten la validez del acto administrativo, salvo que recaiga sobre un elemento esencial del acto o produzca un perjuicio al interesado produciendo una afectación al derecho a defensa del interesado.

La jurisprudencia ha sostenido que el no cumplimiento de los elementos reglados del acto implica que el acto es anulable. Así lo estableció la Corte Suprema al sostener:

*6º: “Que, la jurisprudencia asentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- aduce que la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación a la ley de fondo aplicable”<sup>223</sup>.*

---

<sup>223</sup> SCS Rol N° 41.987-2017, considerando 6º.

## **b. La desviación de poder. Concepto y casos en los que procede**

Dentro del control de los elementos reglados del acto, se encuentra el control por desviación de fin o desviación de poder.

Para Eduardo García de Enterría, *“las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general”*<sup>224</sup>.

En nuestro derecho, Pedro Pierry sostiene que *“la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión administrativa, que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquél para el cual el acto podía ser dictado”*<sup>225</sup>. Asimismo, Camilo Lledó y José Pardo, sostienen que la desviación de poder consiste en *“el ejercicio de una potestad administrativa con infracción de las finalidades establecidas para dicho acto por la norma reguladora de dicha potestad y el ordenamiento jurídico”*<sup>226</sup>. Por último, Jaime Jara establece que la desviación de poder no es más que *“la utilización por una autoridad administrativa de sus poderes en razón de un fin diverso de aquel para el cual éstos le han sido conferidos”*<sup>227</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema también ha definido la desviación de poder. En efecto, la Corte ha sostenido que hay desviación de poder cuando el acto administrativo ha *“sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad”*<sup>228</sup>.

Esta técnica de control de discrecionalidad viene de un largo desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el derecho comparado. Su origen estuvo en el derecho francés, que se produce

---

<sup>224</sup> (García de Enterría E. , 1962, pág. 168)

<sup>225</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 165)

<sup>226</sup> (Lledó & Pardo, 2013, pág. p. 49)

<sup>227</sup> (Jara, 2012, pág. 211)

<sup>228</sup> SCS Rol N° 5582-2010, considerando 7°.



en el siglo XIX en el *Conseil d'État*, para asentarse posteriormente con el *arrêts de Lesbats* en 1864<sup>229</sup>. Por su parte, en el derecho español la desviación de poder adquirió mayor importancia con la dictación de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956<sup>230</sup>. En la actualidad, la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Ley N° 29/1998), define el concepto de desviación de poder como “*el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*” (artículo 70º)<sup>231</sup>.

Para la doctrina, existen diversas circunstancias por las cuales se produce el vicio de desviación de poder. En primer lugar, cuando el acto administrativo persigue fines privados o, persigue un fin público distinto al que correspondería perseguir. En este sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijados por la norma que atribuye la potestad. Por muy estimables que sean los fines que la Administración persigue, habrá un vicio de desviación de poder si es que no coinciden con los previstos por la norma atributiva de la potestad<sup>232</sup>. Del mismo modo, Pedro Pierry sostiene que el acto administrativo adolece de vicio de desviación de fin en dos casos. Por una parte, cuando su fin ha sido distinto al interés general que debe presidir absolutamente todas las actuaciones de la Administración. Por la otra, cuando el acto dictado, si bien ha tenido en vista del interés general, no está de acuerdo con los fines que la ley le ha asignado forma específica<sup>233</sup>. En el mismo sentido, Camilo Lledó y José Pardo sostienen que existe desviación de poder, cuando se persigue un fin distinto al fin público, como cuando se persigue un fin personal, y cuando se cumple un fin público pero distinto al otorgado por ley<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 492 y ss.); (Muñoz Machado 2015, p. 275).

<sup>230</sup> Esta norma reguló por primera vez la desviación de poder. En efecto, estableció lo siguiente:

“*Artículo 83.- 3) Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico*”.

<sup>231</sup> Contrariamente al desarrollo en el derecho comparado, esta figura ha sido poco emplazada en el derecho nacional. Poco se ha escrito a su respecto y, aún más, no existe norma alguna que la defina. Los autores Camilo Lledó y José Pardo explican el poco tratamiento a partir de la deuda pendiente en la creación de los Tribunales Administrativos Contenciosos, y con ello, el muy poco control judicial y la teoría tradicional de que este vicio sería sólo uno subsidiario (Lledó & Pardo, 2013, pág. 27).

<sup>232</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 493)

<sup>233</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 166)

<sup>234</sup> (Lledó & Pardo, 2013, págs. 113-114)

En segundo lugar, otro supuesto de desviación de poder es la falta de motivación del acto administrativo. En este sentido, Luis Cordero sostiene que la motivación ilícita o inexistente es un caso de desviación de poder, ya que la sola falta de esta genera que el acto administrativo sea arbitrario<sup>235</sup>.

Finalmente, Santiago Muñoz Machado postula que la desviación de poder puede producirse también cuando hay un vicio de procedimiento o de trámite en la medida que se impida *“que un interesado pueda obtener los fines perseguidos con su solicitud, retrasando la adopción de la resolución, para dar ventaja o prioridad a otro solicitante”*<sup>236</sup>.

### **c. La prueba del vicio de desviación de poder.**

El fundamento del acto discrecional debe ser concreto, específico y detallado, para poder efectivamente realizar un control de los procesos lógicos que realizó la Administración. La desviación de poder pasó de una posición subjetivista del vicio a una objetivista, en donde se postula que no es la intención o el móvil de la Administración el que ha de indagar el juez, sino que deberá analizar si objetivamente el acto se ajusta a los fines legales específicos. Con ello, lo que *“el agente piensa y pretende realizar por medio de sus actos debe permanecer en un ámbito extrajurídico”*<sup>237</sup>. En el mismo sentido, García de Enterría y Fernández sostienen que *“el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales”*<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> (Cordero Vega, 2015, pág. 96). Luis Cordero hace referencia al caso de la Comisión de Ética Policial alrededor de los años 90' en nuestro país en la cual se faculta a la Administración de llamar a retiro temporal a sus funcionarios cuando el Presidente de la República así lo conceda o disponga según el DFL N° 1 de 1980 en su artículo 90. Así, a la vuelta de la democracia la fuerza policial realizó múltiples retiros temporales para evitar los sumarios, ante lo cual un grupo de policías interpuso un recurso de protección que fue acogido por la Corte Suprema (SCS Rol N° 16.790-1991). En este pronunciamiento, la Corte se pronunció sobre el control de la discrecionalidad estableciendo que la falta de motivación es por sí sola una arbitrariedad. Además, sostuvo que es una obligación de la discrecionalidad administrativa dar cuenta de sus decisiones.

<sup>236</sup> (Muñoz Machado, 2015, pág. p. 282)

<sup>237</sup> (Lledó & Pardo, 2013, pág. p. 122)

<sup>238</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 494)

En el ámbito nacional, Jaime Jara arguye que la prueba de este vicio recae en la comparación “entre el fin objetivo de la norma legal con el móvil real que ha inspirado al agente administrativo”<sup>239</sup>. Así, para proceder al contraste entre el fin perseguido y la finalidad específica de la norma, este autor establece que se ha de proceder a una búsqueda de manera sistemática “acudiendo no sólo a la disposición que contempla la potestad de cuyo ejercicio se trata, sino al ordenamiento en su conjunto”<sup>240</sup>. De este modo, revela que el texto expreso de la ley no resultará muy reveladora al momento de realizar el contraste, sino que se ha de acudir a la historia de la normativa, al contexto de las normas habilitantes de la competencia respectiva y a los principios generales de derecho<sup>241</sup>. Consiguientemente, para determinar el móvil específico del acto, el juez ha de limitarse a examinar el acto administrativo en sí mismo y los documentos y antecedentes que sirvan de complemento reconstruir el móvil subjetivo. Con ello, corrige el error al cual se puede caer mediante el control del presente vicio, en cuanto aclara que el presente proceso se refiere a un análisis del objeto y no una investigación personal del funcionario, es decir, un proceso que “indaga hechos, no conciencias”<sup>242</sup>. Por todo, Jaime Jara sostiene que “en el examen de la desviación de poder no se alcanza jamás el nivel de esclarecimiento absoluto de la inspiración subjetiva y concreta del autor del acto [...]”.

Ahora, dado que la dificultad probatoria del vicio es uno de sus mayores obstáculos para alegarlo, es que la prueba en la desviación de poder no es plena, ya que el acto viciado no confiesa expresamente, que el fin que lo anima es otro distinto al señalado por la norma que otorga la potestad discrecional<sup>243</sup>. Como consecuencia de lo anterior, las exigencias probatorias no pueden ser muy estrictas. De este modo, la jurisprudencia española ha establecido que “es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal”<sup>244</sup> para poder dar por acreditado el vicio.

---

<sup>239</sup> (Jara, 2012, pág. 244)

<sup>240</sup> (Jara, 2012, pág. 229)

<sup>241</sup> (Jara, 2012, pág. 228)

<sup>242</sup> (Jara, 2012, pág. 245)

<sup>243</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 495)

<sup>244</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 494)

En esa línea, se han reconocido las presunciones, siempre que estas sean probadas y sean explicado los procesos lógicos y de raciocinio que se hayan formulado para arribar a las conclusiones de conformación del vicio<sup>245</sup>.

**d. Control por medio de los hechos determinantes**

**e. Conceptualización de los hechos determinantes y su forma de control.**

Otra forma tradicional de control judicial de los actos discrecionales se refiere al análisis que se hace de los hechos que habilitan el empleo de la potestad discrecional.

En palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, y cómo se ha producido, ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así<sup>246</sup>.

Por su parte, para Pedro Pierry *“un acto administrativo carece de base legal y es, por lo tanto, nulo, cuando ha sido motivado por hechos que no se han producido o por hechos materialmente inexactos”*<sup>247</sup>.

En el caso de que se compruebe la existencia de los hechos que fundan el acto, el tribunal puede examinar la valoración que se hizo de estos, en el caso en que se haya reclamado, para calificar si estos constituyen o no el supuesto de hecho regulado en la norma que habilita para ejercer la potestad sancionadora.

Durante mucho tiempo se afirmó que el control de legalidad era un control de derecho, y que las cuestiones de hecho debían ser apreciadas discrecionalmente por la Administración, siendo

---

<sup>245</sup> (Muñoz Machado, 2015); (Jara, 2012, pág. 248)

<sup>246</sup> (García de Enterría & Fernandez, 2011, pág. 495)

<sup>247</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 178)

precisamente la calificación jurídica de los hechos la última competencia que le fue atribuido al juez administrativo<sup>248</sup>. Por eso, esta técnica fue desarrollada con cierta tardanza. En Francia, recién fue desarrollada en 1916, mientras que, en España se recogió esta técnica en 1956.

Respecto al examen de la existencia de los hechos determinantes que fundan el ejercicio de la potestad discrecional, la doctrina arguye que es un examen que depende plenamente del ejercicio probatorio y de una comprobación empírica de la ocurrencia de los hechos argüidos existentes. Adicionalmente, se debe comprobar que estos efectivamente hayan ocurrido como se han descrito en el procedimiento administrativo. Así, lo que deberá realizar el juez en su control es realizar un examen en base a los principios de la lógica: un hecho no puede existir y no existir a la vez, o estar y no estar a la vez, por lo que, se deberá examinar su existencia y exactitud en la descripción.<sup>249</sup>

#### **f. Sistema probatorio de los hechos determinantes.**

La revisión de los hechos que consten en el expediente administrativo como base de la decisión discrecional, es decir, el control de los hechos determinantes puede, sin duda alguna, llevarse a cabo por el juez. Según sostiene Eva Desdentado, *“lo contrario resultaría inadmisibile pues supondría que el juez contencioso-administrativo habría de enjuiciar la actuación administrativa vinculado a la determinación de los hechos que hubiera realizado con antelación al proceso la propia Administración, negándose de esta forma al administrado la posibilidad de discutir esos hechos y de probar su inexistencia o su inexactitud”*<sup>250251</sup>.

En el caso en que se reclame un vicio en los hechos determinantes, la carga probatoria caerá en la parte que impugna dicho acto administrativo. Consecuentemente, ante la

---

<sup>248</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 178)

<sup>249</sup> (García de Enterría & Fernandez, 2011, pág. 495)

<sup>250</sup> (Desdentado, 1999, pág. 212)

<sup>251</sup> Pese a lo esgrimido previamente, existen sistemas jurídicos en los cuales los jueces se quedan al margen de dicho control. Por ejemplo, en el sistema estadounidense la regla general es que los jueces no controlen, salvo dos situaciones: cuando el resultado es manifiestamente arbitrario, y cuando la apreciación de los hechos es a todas luces errónea. (Cassagne, 2008, pág. 14)

impugnación esta deberá probar la no ocurrencia de los hechos ya sea porque no existieron<sup>252</sup>, porque hubo un error manifiesto en la observancia e investigación de la Administración o, una errónea valoración por parte de la Administración<sup>253</sup>. Habrá casos en que la prueba de los hechos será más fácil para la Administración que para la parte que impugna, situación que ha dado pie a la inversión de la carga de la prueba, sobre todo en aquellos casos en que se exige una prueba diabólica. En aquellos casos en que no se invierta la prueba, se ha establecido que se admite que el infractor se pueda apoyar en presunciones mientras se prueben los hechos en los cuales se funda dicha presunción y se explique el razonamiento<sup>254</sup>.

La determinación de los hechos determinantes es un problema de prueba<sup>255</sup>. Se debe determinar la concurrencia y configuración del supuesto de hecho regulado, o en caso contrario, el error y/o distanciamiento con la realidad. Ahora bien, muchas de las valoraciones que hace la Administración en los hechos determinantes son especialmente técnicos o políticos “*no susceptibles de ser sustituidos por razonamiento puramente jurídicos*”<sup>256</sup>, por lo cual la jurisprudencia debe ser especialmente cauta en su control.

## **(ii) Control por medio de los principios generales del derecho.**

### **a. Conceptualización de los principios**

Las actividades de los órganos de la Administración se deben no sólo a las normas escritas, sino que, a todos los elementos integrantes del ordenamiento jurídico, y con ello, a los principios generales del derecho pues, justamente, no por detentar una potestad discrecional esta se puede apartar del sustrato del ordenamiento<sup>257</sup>. Los principios generales del derecho son una forma distinta de controlar la discrecionalidad. A diferencia del control de los elementos reglados del

---

<sup>252</sup> Por ejemplo, en el caso de la destitución de Roxana Pey, la SCS Rol N° 3598-2017 considerando 15°, sostuvo que “[...] el acto es ilegal porque los motivos que se explicitaron y que habilitaban su dictación no existieron y, por consiguiente, aquel aparece desprovisto de la adecuada fundamentación”.

<sup>253</sup> (Desdentado, 1999, pág. 213)

<sup>254</sup> (Muñoz Machado, 2015, pág. p. 270 y ss.)

<sup>255</sup> (Muñoz Machado, 2015, pág. p. 262)

<sup>256</sup> (Bermúdez Soto, 2012, pág. p. 15)

<sup>257</sup> (García de Enterría, 1962, pág. 177)

acto administrativo, los principios generales no realizan un control formal del acto administrativo, donde se detectan los vicios del acto administrativo.

Como sostiene García de Enterría y Fernández, *“los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”*<sup>258</sup>. Así, los principios generales del derecho cumplen un rol especial en la discrecionalidad<sup>259</sup>. La importancia de estos como integradores del ordenamiento jurídico se encuentra en su rol en el control jurisdiccional de los actos administrativos, ya sea se encuentren en el ordenamiento como norma escrita, o como inspiradores de otras normas.

Lo anterior se debe a que, ya desde 1950 y años siguientes, el Consejo de Estado de Francia esgrimía dicha importancia estableciendo que, *“[a]l lado de las leyes escritas, existen grandes principios cuyo reconocimiento como reglas de derecho es indispensable para completar el cuadro jurídico en el cual debe desenvolverse la nación”*<sup>260</sup>.

Dentro de los principios generales de derecho se encuentran diversos principios. En primer lugar, está el principio de razonabilidad. Este permite determinar si el acto ha sido dictado de forma arbitraria, irracional o, por el sólo capricho del funcionario encargado de su dictación. En segundo lugar, se encuentra el principio de igualdad. Este permite que se adopten diferenciaciones, siempre que tengan una base razonable. En tercer lugar, está el principio de buena fe. Este significa una apariencia de juricidad que envuelve el actuar de la Administración, al generar una confianza en los sujetos. En cuarto lugar, está el principio de seguridad jurídica. Este se define como el requerimiento de toda sociedad moderna de desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certezas a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y deberes. En quinto lugar, está el principio de confianza legítima. Este principio constituye una manifestación del principio de seguridad jurídica, ya que exige la estabilidad y previsibilidad de las decisiones de la Administración, generando una pauta de conducta para los administrados.

---

<sup>258</sup> (García de Enterría & Fernández, 2011, pág. 476)

<sup>259</sup> (García de Enterría & Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2011, pág. 499)

<sup>260</sup> (Pierry Arrau, 1984, pág. 169)

Eduardo García de Enterría, promueve de forma enfática el control de la discrecionalidad mediante esta modalidad, y distingue los principios en dos tipos. De un lado, aquellos de reserva última y, del otro, aquellos que son límites inmediatos y operantes. Dentro de los primeros, es decir, aquellos que funcionan como herramienta de control de resultados extremos, podemos encontrar principios como el principio de proporcionalidad, el principio de la racionalidad, el de buena fe, entre otros. Por el otro lado, en aquellos que son límites inmediatos y operantes podemos encontrar el principio de igualdad, aquellos que protegen los derechos y las libertades fundamentales tanto de personas como las instituciones, entre otros<sup>261262</sup>.

Con todo, si seguimos la teoría en que el juez puede sustituir el acto administrativo por medio de la sentencia judicial, se hace presente la discusión si es que en realidad lo que se hace es reemplazar la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial<sup>263</sup>. Lo que hace el juez al controlar el acto con los principios formadores del ordenamiento jurídico, es juzgar la decisión de la Administración hasta “*encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general*”<sup>264</sup>. En ese sentido, el mismo autor enfatiza que sólo por medio de la vinculación de los principios jurídicos al acto administrativo es posible asegurar las libertades individuales y la justicia social, legitimando de esa forma al Estado como un Estado de Derecho<sup>265</sup>.

De este modo, el control judicial por medio de los principios generales del derecho se vuelve el filtro final y el examen integral de la legalidad y justicia de los actos administrativos, ya que el control de los elementos reglados y los hechos determinantes son controles que son comparaciones objetivas, por lo que, “*es fundamental para el futuro de este recurso [-esto es, los principios mismos-] y para el derecho que los ilícitos a fiscalizar por él no se limiten a las*

---

<sup>261</sup> (García de Enterría E. , La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), 1962, pág. p. 177 y ss)

<sup>262</sup> El principio de proporcionalidad como uno de control extremo y de última ratio lo trataremos de forma más extendida en el siguiente capítulo, para comprenderlo no ya como se concebía en su forma tradicional, es decir, simplemente como una medición de adecuación del medio y el fin, sino como un nuevo control por medio del mismo.

<sup>263</sup> (Bermúdez Soto, 2012, pág. p. 15)

<sup>264</sup> (García de Enterría & Fernandez, 2011, pág. 500)

<sup>265</sup> (García de Enterría, 1962, pág. 203)



*ilegalidades puramente formales, [...] y quizás, sobre todo, por el criterio sustancial de los principios generales de derecho*”<sup>266</sup>. Así, el control por medio de los principios no mira elementos formales o exegéticos, sino que debe entrar a analizar la lógica interna y sustancial del acto administrativo.

En suma, el control judicial de la discrecionalidad por medio de los principios, no es una negación del ámbito propio de los poderes de mando, ni tampoco una limitación de estos. Solamente, garantiza que las decisiones públicas respeten los valores jurídicos sustanciales<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> (García de Enterría, 1962, pág. 203)

<sup>267</sup> (García de Enterría, 1962, pág. 179 a 180)

## **CAPÍTULO IV. LA NUEVA FORMA DE CONTROL A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.**

En el capítulo anterior, analizamos la forma tradicional de controlar la sanción administrativa, por la vía de control de los elementos reglados del acto. También hicimos referencia al control por medio de los principios generales del derecho. En el presente capítulo abordaremos el control por medio de uno de estos principios generales del derecho: el control por medio del principio de proporcionalidad.

Para comprender mejor el principio de proporcionalidad y su relevancia, en el siguiente capítulo abarcaremos su concepto; su desarrollo doctrinal; cómo se ha comprendido en el derecho comparado; y cómo se recoge en nuestro ordenamiento tanto a nivel constitucional, penal y administrativo para culminar con su evolución como forma de control de la discrecionalidad.

### **A) EL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD.**

La proporcionalidad es la herramienta que permite medir si la consecuencia jurídica adoptada en una determinada situación es la adecuada. Así, este principio no es más que una evolución del principio de razonabilidad en las formas de controlar la discrecionalidad. Sin embargo, cabe precisar que, si bien estos son similares, formalmente no son lo mismo en cuanto entre ellos hay una relación de género-especie, esto es, la proporcionalidad es una manifestación de la razonabilidad la cual permite *“determinar si una actuación estatal, y más precisamente si la intensidad de ésta, es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin”*<sup>268</sup>.

El principio de proporcionalidad es una herramienta que permite medir y sopesar la licitud de determinadas restricciones que la Administración impone a los particulares. En ese sentido, este principio es una herramienta de racionalidad en cuanto permite justificar la aplicación de

---

<sup>268</sup> (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 66)

determinadas medidas restrictivas sin que se produzca un abuso por parte de la autoridad, especialmente cuando se encuentran en juego determinados derechos fundamentales<sup>269</sup>.

Pese a que nos concentraremos principalmente en su intervención administrativa, el principio de proporcionalidad es un principio que vincula a todos los poderes públicos, es decir, al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial.

Respecto al Poder Legislativo, este constituye un filtro por el que ha de pasar la producción normativa del legislador. No cabe duda que el legislador tiene atribuido una amplia esfera de libertad y, por consecuencia, puede seleccionar medidas muy variadas con la finalidad de satisfacer el interés general. Sin embargo, los límites que el legislador establece sobre los derechos y libertades tendrán que ser absolutamente indispensables para la satisfacción del interés general. Según explica Javier Barnes, *“cuanto más grave sea la restricción que se imponga sobre los afectados, tanto mayor tendrá que ser el peso específico del interés general”*<sup>270</sup>.

Por su parte, el Poder Ejecutivo también se somete al principio de proporcionalidad. Éste se manifiesta a través del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, ya que al momento de ejercerlas no puede actuar de forma arbitraria o irracional. Aunque la Administración ejerza potestades discrecionales, su actuar está determinado por la adecuación entre el medio empleado y el fin perseguido<sup>271</sup>. En materia sancionadora, el principio de proporcionalidad tiene una doble funcionalidad. De un lado, es un criterio para la selección de aquellas conductas que merecen ser sancionadas. Desde luego, sólo corresponderá que la Administración sancione en aquellos casos en que no sea posible restablecer el orden por otro medio. Del otro lado, el principio de proporcionalidad es un límite a la actividad de la Administración, debido a que no existe una opción libre, sino una actividad donde debe haber justa correspondencia entre infracción y sanción<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> (Cassagne, 2016, pág. 183)

<sup>270</sup> (Barnes, 1994, págs. 507 - 508)

<sup>271</sup> (Barnes, 1994, pág. 508)

<sup>272</sup> (Nieto García, 2017, pág. 514)

Finalmente, respecto del Poder Judicial, el principio de proporcionalidad constituye un parámetro de control más, con el cual se contrasta la legalidad de los demás poderes públicos. A diferencia del Poder Legislativo o de la Administración, el juez no tiene la misma libertad ya que se debe limitar a enjuiciar la conformidad del asunto que se somete a su consideración o examen con el ordenamiento jurídico del que forma parte el principio de proporcionalidad<sup>273</sup>  
274

## **B) DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

### **(a) Robert Alexy y el principio de proporcionalidad.**

El principio de proporcionalidad proviene de la Teoría de los Derechos Fundamentales escrita por Robert Alexy. En este trabajo, el autor desarrolla una teoría estructural de los derechos fundamentales, en el cual explicita qué es el principio de proporcionalidad y cómo ha de ser aplicado.

Dentro sus principales postulados, Robert Alexy posiciona a los derechos fundamentales y bienes constitucionales como principios y no reglas<sup>275</sup>. De un lado, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas. Del otro, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, pero no hay una graduación de su cumplimiento.

---

<sup>273</sup> (Barnes, 1994, págs. 509 - 510)

<sup>274</sup> Existen dos excepciones a esta regla. Por una parte, aquellas resoluciones judiciales de carácter procesal que preceden a la sentencia y respecto de las que, por virtud de la ley, el órgano jurisdiccional goza de un cierto margen de apreciación en su interpretación. Por la otra, en el ámbito de la jurisdicción penal, ya que le juez determina y valora la pena en el caso concreto, por contraste con la jurisdicción civil y lo contencioso – administrativa. (Barnes, 1994, pág. 510)

<sup>275</sup> (Alexy, 1993, pág. 83) Para Alexy esta distinción es central por diversas razones. En primer lugar, permite que la teoría de los derechos fundamentales de una respuesta al problema de la colisión y también entregue una respuesta suficiente al papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. En segundo lugar, permite responder la pregunta acerca de la racionalidad de los derechos fundamentales. (Alexy, 1993, págs. 81 - 82)

Lo anterior es relevante pues ante un conflicto en donde se involucren derechos fundamentales, los distintos intereses contrapuestos deben sopesarse<sup>276</sup>. Para dicho proceso, Alexy postula que ha de aplicarse el test de proporcionalidad<sup>277</sup>, lo cual no es más que la aplicación de tres sub principios: el principio de idoneidad; el principio de necesidad; y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación jurídica propiamente tal<sup>278</sup>.

Según el sub principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo<sup>279</sup>. Por su parte, el sub principio de necesidad regula que toda medida de intervención sea la más benigna con el derecho intervenido<sup>280</sup>. Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, examina el grado de intensidad con que un principio es perjudicado con el fin buscado por la regulación. En otras palabras, se trata una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la realización de la finalidad buscada por el acto estatal. Así, la aplicación de la medida restrictiva sólo se justifica cuando la finalidad es proteger otro derecho fundamental o proteger el interés público<sup>281</sup>.

---

<sup>276</sup> Alexy nos habla de una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto. Esta relación consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. De este modo, bajo otras condiciones, en otro caso concreto, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente. (Alexy, 1993, pág. 92)

<sup>277</sup> Asimismo lo recoge la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el cual sostiene que “*el principio de proporcionalidad, también conocido como ‘máxima de razonabilidad’ o ‘principio de prohibición de exceso’, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres sub principios o sub juicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación).*” (STC Rol N° 2744-2014, considerando 22°; STC, Rol N° 2922/2015, considerando 22; STC Rol N° 2953-2016, considerando 10°; STC Rol N° 3062-2016, considerando 9°; STC Rol N° 3135-2015, considerando 9°).

<sup>278</sup> En palabras de Alexy, la máxima de la proporcionalidad sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas (Alexy, 1993, pág. 112).

<sup>279</sup> Por ejemplo, una norma que estuviera por finalidad prevenir perjuicios a un cliente por mal asesoramiento, obligar a que todo comerciante adquirirá conocimientos muy básicos sobre los productos que vende, sin duda, no resultaría idóneo para el fin para el cual fue concebida. Los conocimientos que se exigen deben ser especializados, ya que de lo contrario la exigencia sería inútil. (Barnes, 1998, pág. 18); (Barnes, 1994, pág. 503)

<sup>280</sup> Por ejemplo, para aquellos casos en los cuales sea necesario realizar determinadas pruebas en una investigación de paternidad, las pruebas corporales serán aplicadas en casos muy excepcionales dadas su nivel de invasión a la privacidad (Barnes, 1998, pág. 18)

<sup>281</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 961) (Barak, 2017, pág. 377)

## **(b) Antecedentes históricos del Principio de Proporcionalidad**

Como ya establecimos, el principio de proporcionalidad fue desarrollado por Alexy, pero la doctrina ha postulado que este ya se encontraba presente en la historia de la Antigüedad Clásica y de la cultura jurídica romana. Según Javier Barnes, el principio de proporcionalidad fue considerado el control jurídico más antiguo y general de la intervención estatal<sup>282</sup>. Durante la Edad Antigua y la Edad Media<sup>283</sup>, el principio de proporcionalidad se encontraba vinculado al Derecho Privado encontrando sus fuentes principales en la justicia de la retribución o compensación. También, estaba muy vinculado al ámbito del Derecho Penal, en la justicia distributiva en la necesidad de establecer límites a la utilización de los medios jurídicos a través del examen de la oportunidad de estos, para así encontrar un balance adecuado entre medios y fin.

Posteriormente, estas ideas fueron generalizadas por las teorías de los fines del Estado basadas en el Derecho Natural<sup>284</sup>, donde se desarrolló un criterio de control sobre la actuación del Estado desde una perspectiva finalista<sup>285</sup>.

En tiempos modernos, especialmente en la Ilustración, el principio de proporcionalidad adquiere una relación y vinculación directa con el derecho público<sup>286</sup>. Como explica Carlos Bernal Pulido, es a la luz del Derecho de Policía de Prusia en donde se hace aplicable dicho principio en cuanto se establece que el Estado tiene competencia para intervenir en la libertad con mayor intensidad cuando éste persigue satisfacer el interés general de la sociedad<sup>287</sup>. Con ello, se generó un entendimiento de los límites del poder de gobernación, pues este debe ejercerse con racionalidad teleológica<sup>288</sup>, es decir, como lo menciona Aharon Barak, que “no

---

<sup>282</sup> (Barnes, 1998, págs. 23 - 24)

<sup>283</sup> La Carta Magna de 1215 contemplaba la proporcionalidad, al establecer: “*XX. Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él*”. (Barak, 2017, pág. 206)

<sup>284</sup> Para Aharon Barak, los escritos de Santo Tomás de Aquino contribuyeron de manera significativa al desarrollo de la noción de proporcionalidad. (Barak, 2017, pág. 206)

<sup>285</sup> (Kluth, 1998, págs. 220 - 221)

<sup>286</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 54) (Barak, 2017, pág. 206)

<sup>287</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 58)

<sup>288</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 58)

*todo propósito que sirva al interés público se justifica, cuando tal propósito restringe los derechos humanos fundamentales*”<sup>289</sup>.

Finalmente, desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad se ha establecido como un criterio para fundamentar diversas decisiones de control sobre los actos de la Administración<sup>290</sup>.

### **C) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

En el derecho comparado, el principio de proporcionalidad se ha acogido de diversas maneras. Este es un principio que se encuentra ampliamente integrado en los sistemas jurídicos. Ahora bien, no todos los países lo consagran de forma expresa, ya que en general en varios se integra por medio de la jurisprudencia.

Dicha lógica no dista de la situación de consagración en los tratados internacionales pues, los principales tratados se dividen en aquellos que no lo consagran de forma expresa y aquellos que sí. Sin embargo, pese a que hay algunos que no lo consagran de forma expresa, los tribunales internacionales y la doctrina han establecido que se encuentra contemplado de forma implícita en virtud de determinadas expresiones<sup>291</sup>. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la expresión ‘necesarias en una sociedad democrática’ contenida en los artículos 15°, 16°, 22° y 32° de la Convención Americana de Derechos Humanos, manifiesta la consagración del principio de proporcionalidad en cuanto regula las restricciones de los derechos y libertades de los individuos. Dentro de la misma lógica, se encuentran la Convención Europea de Derechos Humanos –en donde se deduce de sus artículos 8° a 11°- y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Por el otro lado, encontramos tratados que sí lo regulan de forma expresa, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52.1° y el Tratado de la Unión Europea en su artículo 5°.

---

<sup>289</sup> (Barak, 2017, pág. 207)

<sup>290</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 64)

<sup>291</sup> (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, págs. p. 75-79)

En esa misma lógica, cuando pasamos a analizar el panorama en los países por separado, los podemos clasificar en tres grupos respecto a su relación con el principio de proporcionalidad. En un primer grupo, aquellos países donde se consagra de forma expresa. En un segundo grupo, los países con consagración discutida. Finalmente, los países que no lo consagran de forma expresa.

**(i) Países que consagran de forma expresa el principio de proporcionalidad.**

**a. El principio de proporcionalidad en España**

Si bien el Derecho Español tuvo un importante cambio en su regulación a partir de la dictación de la Constitución Española en 1978, el principio de proporcionalidad ya se encontraba presente en este país.

En efecto, previamente a la Constitución de 1978, el principio de proporcionalidad se encontraba presente en diversas leyes y reglamentos. Dentro de estos, se encontraba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, el cual exigía de forma expresa que el contenido de los actos de intervención fuera congruente con los motivos y fines que lo justifiquen. Asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que sostenía que el contenido de los actos se debía ajustar a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y debía ser adecuado a los fines de aquellos<sup>292</sup>.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de 1978, se acrecentó la aplicación del principio de proporcionalidad a otras materias de la actividad administrativa. El Tribunal Supremo ha reconocido el principio de proporcionalidad a la luz del artículo 103.1<sup>o</sup><sup>293</sup>, el cual reconoce que la Administración pública se debe someter a la ley y al derecho. Además,

---

<sup>292</sup> (Bernal Pulido, 2014, pág. 70)

<sup>293</sup> En efecto, esta norma dispone:

*“Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.*



el principio de proporcionalidad se reconoce por el artículo 106.1<sup>o294</sup>, el cual sostiene que el control jurisdiccional de la Administración debe ser conforme a los fines de ésta. Ahora bien, no cabe desconocer que el fundamento primario del principio de proporcionalidad en el Derecho Español se encuentra en el Estado de Derecho garantizado por la Constitución de 1978<sup>295</sup>.

Finalmente, cabe destacar el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la Ley 30/1992 la cual reconoce al principio de proporcionalidad en dos materias. En primer lugar, reconoce el principio de proporcionalidad respecto de la ejecución forzosa, exigiendo que esta sea realizada por el medio menos restrictivo de la libertad individual<sup>296</sup>. En segundo lugar, lo consagra expresamente en materia de Derecho Administrativo Sancionador, disponiendo en su artículo 131<sup>o</sup> que las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. Además, establece que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Así, se reconoce expresamente el principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Para José Ignacio López González, la proporcionalidad en el derecho español tiene una doble función. Por una parte, el principio de proporcionalidad puede generar una excepción al principio de legalidad y tipicidad. Por la otra, la proporcionalidad no sólo debe ser entendida como una limitación al ejercicio del poder, sino que también como la imposición de un castigo justo acorde con la finalidad de una determinada regulación.<sup>297</sup>

## **b. El principio de proporcionalidad en la Unión Europea**

---

<sup>294</sup> Esta norma, sostiene:

*“Artículo 106. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.*

<sup>295</sup> (López González, 1998, pág. 54)

<sup>296</sup> En efecto, esta norma sostiene:

Artículo 96. Medios de ejecución forzosa. 2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles, se elegiría el menos restrictivo de la libertad individual.

<sup>297</sup> (López González, 1998, pág. 148)

La Unión Europea también consagra expresamente el principio de proporcionalidad. Sin embargo, esto no fue siempre así pues los documentos fundacionales no lo contemplaban. La incorporación de este se debe a una fuerte influencia por el Derecho Alemán<sup>298</sup> y luego fue la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>299</sup> el que se encargó de desarrollarlo.

El principal aporte de este desarrollo constituye el presentar al principio como uno general de derecho. Esta tesis fue sostenida por primera vez en 1970, cuando el Abogado General *Dutheillet de Lamonthé*, en el caso “*Internationale Handelsgesellschaft*”<sup>300</sup>, hizo referencia a los principios generales del Derecho Comunitario para justificar la proporcionalidad, ante lo cual el Tribunal aceptó su postura<sup>301</sup>. Así entonces, el Tribunal ha reconocido al principio de proporcionalidad como una norma jurídica vinculante, que puede alegar cualquier ciudadano y que los tribunales deben respetar y aplicar. Además, el Tribunal ha sostenido que el principio de proporcionalidad presenta un rango constitucional al ser éste un príncipe general para la limitación de las medias comunitarias restrictivas, limitadoras, adoptadas por el legislador comunitario<sup>302</sup>. Esto ha permitido que el Tribunal Europeo de Justicia controle no sólo todas las medidas adoptadas por los órganos legislativos o administrativos de los Estados miembros en ejecución del derecho comunitario, sino que cualquier medida que pueda tener algún alcance en la efectividad no sólo de normas comunitarias particulares, si no del sistema comunitario general<sup>303</sup>.

Dentro de los textos positivos, el Tratado de la Unión Europea, ha incluido directamente el principio de proporcionalidad. En efecto, el párrafo 3º del artículo 3B<sup>304</sup> prevé que ninguna acción de la Comunidad excederá lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

---

<sup>298</sup> (Barak, 2017, págs. 215-2016)

<sup>299</sup> A este Tribunal le corresponde controlar que las medidas internas adoptadas por los Estados Miembros esperen las obligaciones comunitarias prevista por las Directivas.

<sup>300</sup> En este caso, el Tribunal examinó una impugnación a una directiva de la Comunidad Europea que supuestamente violaba un derecho humano.

<sup>301</sup> (Galetta, 1998, pág. 76)

<sup>302</sup> (Galetta, 1998, pág. 77)

<sup>303</sup> (Galetta, 1998, pág. 109)

<sup>304</sup> En efecto, esta norma dispone:

“Artículo 3 B. La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyen el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.”

Más recientemente, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido en el Tratado de Lisboa, en su numeral 4 del artículo 3b<sup>305</sup>, que sostiene que en virtud del principio proporcionalidad, el contenido y la forma de elección de la Unión no excederán lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados<sup>306</sup>.

### **c. El principio de proporcionalidad en Canadá**

Canadá ha tenido un gran desarrollo en la consagración del principio de proporcionalidad. En el texto Constitucional de 1982 se consagró el principio de forma expresa. En efecto, se desprende de su artículo 1° el cual dispone que *“los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática”*.

Dada esta disposición, la Corte Suprema canadiense comenzó a reconocer la aplicación del principio de proporcionalidad, como parte del derecho canadiense de los derechos humanos<sup>307</sup>, aplicando el siguiente test. En primer lugar, los medios deben estar conectados racionalmente con el fin. En segundo lugar, los medios deben menoscabar lo menos posible el derecho o la libertad en cuestión. Finalmente, debe existir una relación proporcional entre los efectos sobre los derechos de los medios escogidos y el fin identificado conforme a su importancia<sup>308</sup>.

### **d. El principio de proporcionalidad en Latinoamérica.**

En América Latina, es escasa la consagración a nivel constitucional. Sin embargo, se han adaptado y legislado nuevas leyes que contienen dicho principio, entendiéndolo como un principio general de derecho.

---

<sup>305</sup> En efecto, esta norma establece:

*“Artículo 3b. Numeral 4°.- En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.”*

<sup>306</sup> (Barak, 2017, pág. 216)

<sup>307</sup> (Barak, 2017, págs. 218 - 219)

<sup>308</sup> (Barak, 2017, pág. 220)

Algunos países que consagran en forma expresa el principio de proporcionalidad dentro de Latinoamérica son: Perú<sup>309</sup>, Ecuador<sup>310</sup>, Colombia<sup>311</sup>, Bolivia<sup>312</sup>, Uruguay<sup>313</sup>, Costa Rica<sup>314</sup> y México<sup>315</sup>.

Dentro de ellos, los únicos que lo consagra a nivel constitucional son Perú y Ecuador. En efecto, Perú lo regula en su artículo 200 N° 6, en donde establece que, dentro de las acciones de garantía constitucional se encuentra la acción de cumplimiento y, cuando dicha acción involucre una medida que restrinja derechos, el juez deberá examinar dicha medida a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por su parte, Ecuador lo regula en su artículo 76° y 77° de la Constitución, estableciéndolo como garantía del debido proceso, el que se tendrá que respetar en todas las infracciones o sanciones de cualquier naturaleza.

Los demás países lo consagran principalmente dentro de sus normas administrativas, haciendo referencias a las sanciones administrativas y la necesidad de la adecuación de las medidas adoptadas y la falta cometida.

## **(ii) Países con consagración discutida del principio de proporcionalidad.**

### **a. El principio de proporcionalidad en Alemania**

La evolución del principio de proporcionalidad en Alemania es central en cuanto el origen de este principio deriva directamente del desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se dio en este país.

---

<sup>309</sup> Consagrado en el artículo 200 número 6 de la Constitución Política de la República de Perú.

<sup>310</sup> Consagrado en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política de la República de Ecuador. A su vez, también lo regula en su Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional en su artículo 3 número 2.

<sup>311</sup> Consagrado en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.

<sup>312</sup> Consagrado en los artículos 4, 29, 71 y 75 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo de Bolivia.

<sup>313</sup> Consagrado en el artículo 71 de la Ley N° 19.121, sobre Regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central.

<sup>314</sup> Consagrado en el artículo 22 y 138 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de Costa Rica.

<sup>315</sup> Consagrado en el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México.

Si bien este principio se desarrolló tempranamente por la doctrina, existe controversia respecto al reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán. Para algunos autores, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana no contiene ninguna disposición específica relacionada con el principio de proporcionalidad<sup>316</sup>. Según ellos, el principio de proporcionalidad deriva del concepto Estado de Derecho, es decir, los derechos de los ciudadanos no pueden ser limitados por el poder público más allá de lo imprescindible<sup>317</sup>. Para otros autores, el principio de proporcionalidad deriva del artículo 19.2 de la Ley Fundamental, el cual dispone que “*en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*”<sup>318</sup>.

En este país, el principio de proporcionalidad aparece hacia finales del Siglo XVIII, principalmente gracias al trabajo de Carl Gottlieb Svarez (1746 – 1798), redactor del Código Civil Prusiano de 1794, quién fue quien más contribuyó al desarrollo de la proporcionalidad moderna<sup>319</sup>. Para este autor, el logro de un bien más importante para todos es el único fundamento para exigir al individuo el sacrificio de un bien menos importante o, en otras palabras, debe existir una ‘relación mínima’ entre las dificultades sociales que deben evitarse y la restricción de la libertad natural del individuo<sup>320</sup>.

Ahora bien, es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que desarrolló el principio de proporcionalidad en varios casos, en los cuales concluyó que las medidas excesivas no se justifican por los deberes de policía<sup>321</sup>. Así, por medio del caso *Apothekhurteil*, se desarrolló la teoría de los tres escalones o fases<sup>322</sup> que no es más que el test de proporcionalidad de Alexy

---

<sup>316</sup> (Barak, 2017, pág. 209)

<sup>317</sup> (Cianciardo, 2009, pág. 58)

<sup>318</sup> (Kluth, 1998, pág. 222)

<sup>319</sup> (Barak, 2017, pág. 208)

<sup>320</sup> (Barak, 2017, pág. 208)

<sup>321</sup> (Cianciardo, 2009, págs. 48 - 49)

<sup>322</sup> La teoría de los escalones en el caso específico se desarrolló de la siguiente manera. El primer escalón reguló el ejercicio de una profesión, por ejemplo, normas sobre horario de apertura y cierre, calendario de trabajo, etc. El Tribunal Constitucional se limitó a controlar que las normas no incorporasen requisitos legales que fuesen en sí mismos desproporcionados, sosteniendo que no basta con que el legislador invoque el interés general para justificar su regulación, sino que debe existir una justificación que sea armónica con el principio de proporcionalidad. Pero más allá de este supuesto, no resulta posible una revisión constitucional más profunda. El segundo escalón se ocupó

mencionado anteriormente<sup>323</sup>. En este caso, el tribunal concluyó que ante dicho conflicto<sup>324</sup> deben regularse según cuatro criterios. En primer lugar, si la finalidad es legítima. En segundo lugar, que la medida sea adecuada o idónea. En tercer lugar, que sea necesaria o al menos, dentro del abanico de posibilidades se opte por el de menor intervención. Finalmente, que sea proporcional en sentido estricto, esto es, que la gravedad de la intervención sea ad hoc a la finalidad, por lo que es menester fundamentar sus circunstancias objetivas y subjetivas. Así, aplicado a los escalones, el control por medio de dichos cuatro criterios se traduce en que el legislador no puede pasar al escalón siguiente, cuando el escalón anterior es suficiente para resguardar las exigencias del interés general.

### **b. El principio de proporcionalidad en Estados Unidos**

En Estados Unidos, el principio de proporcionalidad se deriva de la Octava Enmienda, la cual establece que *“no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas”*. Esta enmienda, ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina, principalmente buscando determinar el alcance y procedencia del principio de proporcionalidad para la aplicación de penas de prisión<sup>325</sup>.

Por una parte, se encuentra la doctrina originalista, es decir, aquellos que defienden una interpretación constitucional en base al sentido y alcance de quienes redactaron la Constitución

---

por las reglas que establecen requisitos o presupuestos de carácter subjetivo para la admisión en la profesión o empleo determinado, por ejemplo, conocimientos técnicos o una concreta cualificación personal, por ejemplo; dentistas; artesanos, etc. Así, en este escalón, el Tribunal Constitucional se encargó de verificar que los requisitos no sean desproporcionados conforme a la actividad que estos profesionales desarrollaban. Por último, el tercer escalón se compuso de los requisitos objetivos. Estos últimos son aquellos desvinculados de las características personales del aspirante al empleo. Según Javier Barnes los requisitos objetivos son los que más restricciones imponen al ejercicio de este derecho fundamental, por ejemplo, la limitación del número de licencias para conducir taxis o transportar mercaderías; el monopolio de la oficina de empleos, entre otros. (Barnes, 1994, págs. 513 - 514) (Cianciardo, 2009, págs. 50-51) (Barnes, 1994, pág. 514)

<sup>323</sup> Supra. Pág 100.

<sup>324</sup> Dicho caso trata sobre la dicotomía del ejercicio libre de la profesión versus la admisión a ella, permitiéndose más restricciones en la primera en cuanto afecta a la sociedad toda y no sólo al individuo mismo que la ejerce. (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 69)

<sup>325</sup> Destacan las denominadas leyes *“Three Strikes and You’re Out”*, que significa que a la tercera infracción se impondrá una pena extremadamente severa para el hecho que hubiere ocasionado la infracción. De esta forma, se dieron casos en los cuales se condenaba a penas de presidio muy elevadas, por hechos ínfimos, como haber robado un par de palos de golf; haber estafado por 80 dólares; haber poseído 672 gramos de cocaína. (Castiñeira & Ragués, 2010, pág. 191 y siguientes)

Norteamericana. Para esta doctrina, la Octava Enmienda sólo prohíbe la aplicación de tormentos y de castigos inusuales, distintos de la privación de libertad de la pena de muerte, pero no incluye un análisis conforme al principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción que se impone<sup>326</sup>. Para justificar esta tesis, esta doctrina sostiene, en primer lugar, que la Octava Enmienda tiene como antecedente el *Bill of Rights* británico de 1689, el cual se limita a únicamente prohibir tormentos y penas extrañas al Common Law. En segundo lugar, sostienen que los diversos Estados, en sus distintas constituciones, junto con reiterar el texto de la Octava Enmienda, consagraban una disposición especial que garantizaba el principio de proporcionalidad. De este modo, si los Estados tenían que agregar una disposición que consagrara el principio de proporcionalidad, significaba que la Octava Enmienda no lo incluía<sup>327</sup>.

Por otra parte, se encuentra la doctrina evolucionista, la cual interpreta las disposiciones constitucionales ajustándose a los cambios que se van presentando en la sociedad moderna. Esto permite una flexibilización de los términos utilizados por el constituyente. Para estos autores, la Octava Enmienda si incluye un análisis de proporcionalidad, por lo cual sería considerado como ‘castigo cruel’ toda pena desproporcionada a la infracción que se hubiera cometido<sup>328</sup>. Esta tesis sostiene que, para aplicar correctamente el principio de proporcionalidad debe atenderse a tres factores. Desde luego, la duración de la pena de prisión impuesta en tiempo real. Segundo, el hecho que ha dado lugar la imposición de una pena o sanción. Finalmente, se deben tener presente los antecedentes previos de quien ha cometido la infracción<sup>329</sup>.

En resumen, en el sistema norteamericano, no existe consenso respecto a la consagración de este principio.

---

<sup>326</sup> La única excepción de este criterio serían los casos en que se aplica pena de muerte, ya que esta sería una pena definitiva. Pero, en aquellos casos en que se discuta los tiempos de presidio, para esta doctrina no cabe analizar el principio de proporcionalidad a la luz de la Octava Enmienda ya que esta norma no lo contemplaría. (Candia Falcón & Muñoz Schlack, 2011, pág. 148)

<sup>327</sup> (Candia & Schlack, 2011, págs. 146 - 147)

<sup>328</sup> (Candia & Schlack, 2011, pág. 148)

<sup>329</sup> (Castiñeira & Ragües, 2010, pág. 201)

### c. El principio de proporcionalidad en Israel

Pese a ser discutido, cabe sostener que el derecho positivo israelí reconoce el principio de proporcionalidad en al menos dos normas. Por un lado, en la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad, en el artículo 8º el cual dispone que *“no habrá violación de esta ley básica, excepto por una ley que se ajuste a los valores del Estado de Israel, promulgada con un propósito adecuado y en una medida no mayor a la requerida”*. Por otro lado, en la Ley Fundamental, se establece la libertad de escoger profesión u oficio. En efecto, su artículo 4º dispone que *“no habrá violación de la libertad de ocupación, excepto por una ley acorde con los valores del Estado de Israel, promulgada con un propósito adecuado y en una medida no mayor que la requerida, o por reglamento promulgado en virtud de la autorización expresa en tal ley”*<sup>330</sup>.

No obstante lo anterior, en el derecho israelí el principio de proporcionalidad ha sido aplicado de forma separada, es decir, sus componentes han sido aplicados de forma independiente. Así lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema israelí, quien, en palabras de Aharon Barak, *“ha desarrollado la razonabilidad de la acción administrativa como un test independiente y aislado que mantiene la ponderación de los intereses en conflicto en su núcleo”*<sup>331</sup>.

Esta forma de aplicar el principio de proporcionalidad, ha impedido que pueda ser una regla unificada, es decir, recurrentemente este principio ha sido invocado de forma subrepticia o disgregada, mediante otros conceptos como ‘razonabilidad’ o ‘ponderación de intereses’ pero no como principio de proporcionalidad propiamente tal<sup>332</sup>.

De todos modos, Barak sostiene que el principio de proporcionalidad *“constituye una característica central del derecho israelí. Ella se aplica no solo en el ámbito del derecho constitucional, sino también en el derecho administrativo”*<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> (Barak, 2017, pág. 240)

<sup>331</sup> (Barak, 2017, págs. 238 - 239)

<sup>332</sup> (Barak, 2017, pág. 240)

<sup>333</sup> (Barak, 2017, pág. 241)



### **(iii) Países que no consagran expresamente el principio de proporcionalidad.**

#### **a. El principio de proporcionalidad en Francia**

En el derecho francés no existe una norma general que consagre el principio de proporcionalidad. Sin embargo, este se encuentra presente en el ordenamiento jurídico de ese país y recibe aplicación principalmente a la luz del control judicial de la proporcionalidad<sup>334</sup>.

De todos modos, es posible encontrar algunos fundamentos normativos del principio de proporcionalidad en el derecho francés, los cuales podemos clasificar en internos y externos. En cuanto a los internos, el principio de proporcionalidad se encuentra consagrado en diversas normas sectoriales. Además, poco a poco se ha ido expandiendo al ámbito de las libertades y de la responsabilidad. Respecto a los externos, los fundamentos se encuentran en las fuentes que lo consagran, principalmente desde cuerpos normativos internacionales ya sean obligatorios o no, por ejemplo, el Tratado de la Comunidad Europea (obligatorios) y las decisiones del Comité Europeo de Derechos Humanos (no obligatorios)<sup>335</sup>.

Para Xavier Philippe, son tres las razones que fundamentan el control judicial a la luz del principio de proporcionalidad. En primer lugar, desde el siglo XIX, este principio ha sido aplicado por los jueces en diversos ámbitos como son la desviación de poder de la Administración, el control del error de hecho y la protección de las libertades públicas e individuales. En segundo lugar, el control judicial del principio de proporcionalidad se fundamenta en el derecho francés como un mecanismo para poder controlar la discrecionalidad de la Administración. Finalmente, el control judicial de la proporcionalidad deriva de los poderes del juez, el cual dispone de amplios poderes para poder regular diversas actuaciones de la Administración en las cuales se imponen medidas, en miras del interés general, pero que resultan ser demasiado restrictivas<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> (Philippe, 1998, pág. 255)

<sup>335</sup> (Philippe 1998, p. 261)

<sup>336</sup> (Philippe, 1998, págs. 258 - 260)

## b. El principio de proporcionalidad en Holanda

Pese a que Holanda cuenta con una Ley Administrativa General desde 1994, en ésta no consta el principio de proporcionalidad<sup>337</sup>. Sin embargo, la Corte de Casación Holandesa ha reconocido diversos principios que regulan a la Administración y que no se encuentra escritos. Dentro de estos principios, se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual derivaría del artículo 3.4<sup>338</sup> de la mencionada ley. En base a esta norma, es que la jurisprudencia ha considerado que la Administración en su actuar debe considerar los siguientes elementos. En primer lugar, al momento de adoptar resoluciones la Administración debe ponderar todos los intereses involucrados. En segundo lugar, realizada esta valoración, no puede alcanzarse un resultado que pueda reputarse como irrazonable. En tercer lugar, la Administración tiene la obligación de imponer una carga que cause un perjuicio menor o justificado. Finalmente, las sanciones deben ser proporcionales en relación a la gravedad de la infracción cometida<sup>339340</sup>.

Ahora bien, la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado ha manifestado un respeto y resguardo a las facultades discrecionales de la Administración. Concibiendo al principio de proporcionalidad como una herramienta limitada de control, esta Magistratura ha sostenido que los tribunales deben limitarse a responder a la cuestión de si ha existido o no una deformación tal en la ponderación de los intereses que quepa entender que la Administración no ha podido adoptar razonablemente tal resolución. De esta forma, existe un rechazo a un control

---

<sup>337</sup> (ten Berge & Bok, 1998, pág. 287)

<sup>338</sup> En efecto, esta norma dispone:

“Artículo 3.4:

1. *En la adopción de resoluciones, la Administración Pública debe ponderar los intereses directamente afectados, salvo que sus funciones se encuentren expresamente limitadas por la ley o por la propia naturaleza de la potestad ejercitada.*

2. *Las consecuencias desfavorables del acto administrativo para una o más partes interesadas pueden no resultar desproporcionadas en relación con los fines perseguidos por el acto”.*

<sup>339</sup> (ten Berge & Bok, 1998, págs. 288, 289 y 290)

<sup>340</sup> Si bien la jurisprudencia ha desprendido la aplicación del principio de proporcionalidad desde el artículo 3.4. de la Ley Administrativa General, previamente hubo algunos reconocimientos jurisprudenciales a este principio. En efecto, en el año 1949, la Corte de Casación conoció el caso *Doetinchem*. Este caso trataba de un alcalde que había requisado parte de una vivienda y el propietario del inmueble afectado recurrió la medida, argumentando que su esposa tenía problemas mentales lo que impedía que conviviera con extraños. La Corte de Casación reconoció la necesidad de que la Administración ponderara los intereses afectados y que debía evitar adoptar resoluciones manifiestamente irrazonables. Sin embargo, la Corte consideró que en el caso concreto no se había afectado el principio de proporcionalidad. (ten Berge & Bok, 1998, pág. 290)

judicial sobre la base de un principio de proporcionalidad general, limitándose únicamente a corregir situaciones que sean completamente irrazonables<sup>341</sup>.

### c. El principio de proporcionalidad en Reino Unido

En el Reino Unido no sólo no se encuentra expresamente regulado el principio de proporcionalidad, sino que existen diversas doctrinas detractoras de su inmersión en el sistema jurídico. Diversos autores han postulado que, o no se encuentra justificado su uso o, que no debe ser aplicado dadas diversas consecuencias negativas en el ordenamiento de su sistema jurídico. En efecto, quienes sostienen esta última postura rechazan este principio ya que no comparten la posibilidad de que los jueces puedan controlar el actuar la Administración.

Para sostener esta tesis se amparan en los siguientes argumentos<sup>342</sup>. En primer lugar, sostienen que el Parlamento ha confiado la discrecionalidad a determinados órganos que no son los jueces. Interferir en la discrecionalidad que ha sido confiada a otros órganos, es un abuso de jurisdicción de los jueces. En segundo lugar, sostienen que la Administración a la cual se le ha confiado la discrecionalidad, se encuentra mejor equipada para poder resolver cada caso que los jueces.

Sin embargo, han sucedido algunos acontecimientos históricos que han permitido su reconocimiento. En primer lugar, la incorporación del Reino Unido a la Comunidad Europea. Como ya se mostró, el principio de proporcionalidad es un principio reconocido en el Derecho Comunitario, lo que obliga a que los jueces británicos lo incorporen<sup>343</sup>. En segundo lugar, en 1998 Reino Unido adoptó la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*), la cual entró en vigencia el 2 de octubre del 2000, y significó un aporte a la incorporación del principio de proporcionalidad al derecho de Reino Unido. Esta ley hizo efectivos los derechos consagrados en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el Reino Unido<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> (ten Berge & Bok, 1998, pág. 293)

<sup>342</sup> (Himsworth, 1998, pág. 274)

<sup>343</sup> (Himsworth, 1998, pág. 281)

<sup>344</sup> (Barak, 2017, págs. 223 - 224)

En materia jurisprudencial, el principio de proporcionalidad se posicionó a partir del caso *De Freitas con Ministerio de Agricultura*. En este caso, el Comité Judicial del Consejo Privado estableció tres requisitos para saber si una limitación era excesiva o arbitraria. En primer lugar, se requiere que el objetivo del legislador sea relevante para justificar una limitación a un derecho fundamental. En segundo lugar, que las medidas dispuestas para alcanzar dicho objetivo estén racionalmente vinculadas con este objetivo. Finalmente, que las medidas escogidas que limitan el derecho fundamental sean las estrictamente necesarias<sup>345</sup>.

Actualmente, la discusión en el Reino Unido se centra en el alcance que puede tener este principio, en relación con en el derecho administrativo<sup>346</sup>.

#### **d. El principio de proporcionalidad en otros países de Latinoamérica.**

Si bien previamente abarcamos la consagración del principio de proporcionalidad en Latinoamérica, evidentemente no todos los países que lo consagran se encuentran dentro de la misma posición. Consecuentemente, dentro de estos, existen algunos que no consagran expresamente al principio de proporcionalidad, por ejemplo, Argentina, Cuba y Brasil, entre otros.

Ahora, como mencionamos previamente, a algunos países se les aplican tratados internacionales en donde se ha entendido comprendido el principio, pero la situación interna de los países es totalmente distinta. En ese sentido, existen algunos que tanto en su legislación como el tratamiento de la jurisprudencia siguen utilizando el principio de proporcionalidad como herramienta suficiente para medir la adecuación entre las medidas a adoptar y faltas a corregir o fin a conseguir. Dentro de estos, encontramos, de un lado, a Argentina que se basa en los artículos 28° y 33° de su Constitución Política, los cuales regulan la inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, pero admiten sus limitaciones y restricciones

---

<sup>345</sup> (Covarrubias, 2014, pág. 185)

<sup>346</sup> (Barak, 2017, pág. 224)

de forma razonable, o así lo ha entendido la Corte Argentina<sup>347</sup>. Del otro, Cuba utiliza tanto la buena fe como a la razonabilidad como criterios para regular y controlar la discrecionalidad que, según su propia doctrina, resultan insuficientes<sup>348</sup>.

Por el otro lado, Brasil tampoco consagra expresamente el principio de proporcionalidad en su legislación, pero la doctrina ha esgrimido que este se encuentra de forma implícita, ya sea por ser inherente al sistema democrático de Derecho o porque se desprende de otros principios como, por ejemplo, el de igualdad o el debido proceso<sup>349</sup>.

## **D) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CHILE.**

### **(i) El principio de proporcionalidad en el Derecho Constitucional.**

Nuestra Constitución no reconoce expresamente el principio de proporcionalidad. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sostienen que éste se encuentra recogido de forma implícita en diversas disposiciones.

En ese sentido lo estableció el Tribunal Constitucional, quien sostuvo que,

*“la Constitución no recoge, explícitamente, el "principio de proporcionalidad", pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forman parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6o y 7o de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2o, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26°.*

---

<sup>347</sup> Si bien ninguno de los artículos menciona o establece el parámetro de razonabilidad, la Corte ha comprendido que se desprende de la lógica de dichos artículos en diversos casos. (Sapag 2008, p. 178)

<sup>348</sup> En ese sentido se ha expresado Benjamín Marcheco arguyendo que:

*“[L]a legislación y –sobre todo– la jurisprudencia cubanas [sic], requieren de un replanteamiento de los criterios que hoy limitan la revisión judicial de los actos administrativos donde se ejercitan potestades discrecionales, al propósito de adecuar nuestra realidad a las concepciones actuales del Derecho Administrativo y avanzar hacia la plena realización del Derecho y la Justicia social”.* (Marcheco, 2009, pág. 74).

<sup>349</sup> (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 79)

*Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos*<sup>350</sup>.

A partir de dicho considerando, se desprende que el principio de proporcionalidad lo podemos encontrar consagrado de forma genérica como respecto a determinados derechos concretos en nuestra Constitución.

Respecto a su consagración en términos genéricos, Humberto Nogueira establece que,

*“el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecidos constitucionalmente en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho*<sup>351</sup>.

A su respecto, fue la doctrina alemana la primera que desarrolló de forma sistemática la conexión entre el principio de proporcionalidad y el Estado de Derecho. En esa línea, en voz de Arnold Rainer y otros autores, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estableció que el principio de proporcionalidad *“se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos*<sup>352</sup>.

Asimismo, en nuestra doctrina, Humberto Nogueira establece que el principio de proporcionalidad se encuentra consagrado implícitamente en cuanto éste deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del estado de derecho<sup>353</sup>. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se manifiesta como una *“prohibición a la desproporción*<sup>354</sup> de forma general.

---

<sup>350</sup> En este sentido: STC 2365-2012; STC Rol N° 2922-2015; STC 2983-2016; STC Rol N° 4610-2018, entre otras.

<sup>351</sup> (Nogueira Alcalá, 2008, pág 242)

<sup>352</sup> (Rainer, 2012, pág. 68)

<sup>353</sup> (Nogueira Alcalá, 2008, pág 115)

<sup>354</sup> (Nogueira Alcalá, 2008, pág 115)

En adición a lo anterior, diversos autores han desarrollado la consagración del principio de proporcionalidad según la prohibición de arbitrariedad (artículo 19 N° 2) y la limitación al poder estatal de intervenir el contenido esencial de los derechos consagrados en la Constitución (artículo 19 N° 26 de la Constitución).

En nuestra doctrina, Humberto Nogueira es quien ha desarrollado mayormente esta teoría –siguiendo la doctrina comparada- en cuanto establece que, a partir de estos dos derechos, se desprende la necesidad de realizar un examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las actuaciones tanto del legislador como del poder constituyente instituido al modificar o limitar derechos<sup>355</sup>. Así, este autor arguye que todo cambio ha de pasar por un juicio de proporcionalidad entre la limitación del derecho y el bien que se busca proteger<sup>356</sup>, para así descartar toda arbitrariedad y desproporcionalidad. En ese sentido, la limitación de no alterar la esencia de los derechos consagrados sería el parámetro de qué se interpreta como proporcional o no.

En la misma línea, Zúñiga y Martínez sostienen que,

*“en el juicio de proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cuál es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Desde luego ello apunta a eliminar la arbitrariedad, y en tal sentido, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad”<sup>357</sup>.*

A su respecto, Nicolás Enteiche sostiene que el principio de proporcionalidad es una limitación a la actuación del legislador y de la Administración. En efecto, este autor sostiene:

*“en el caso del Legislador, corresponde a la mensura de la racionalidad de una ley, o a la existencia de causas o motivos plausibles para emitirse. Respecto del órgano de la*

---

<sup>355</sup> (Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo I, 2008, pág 117)

<sup>356</sup> (Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo I, 2008, pág 115)

<sup>357</sup> (Zuñiga & Martínez, 2011, págs. 201 - 202)

*Administración del Estado, tiene que ver con la proscripción de la arbitrariedad en ejercicio de la actividad fáctica -hechos u omisiones- y/o jurídica - actos o contratos- que le compete”.*

Para concluir lo previamente expuesto, este autor se respalda en base a dos argumentos. En primer lugar, en base a la prohibición de establecer tributos desproporcionados. En segundo lugar, arguye que en el marco de la Ley de Presupuestos, si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza (artículo 67º, inciso final)<sup>358</sup>.

Finalmente, Ignacio Covarrubias arguye que, en la práctica, nuestra jurisprudencia realiza una equiparación entre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y la garantía del artículo 19 N° 26. Así, en un análisis sobre la aplicación del test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional, denuncia que las más de las veces en que el Tribunal efectivamente aplica el test, estos son equiparados, pues *“cumplen una función análoga”*<sup>359</sup>.

Seguidamente, y en virtud de lo recién expuesto, el principio de proporcionalidad se encuentra consagrado respecto a derechos en concreto.

Por un lado, se desprende el principio de proporcionalidad del derecho a un debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3. Así, Enrique Navarro arguye que el principio de proporcionalidad se manifiesta en materia de sanciones o penas en cuanto busca una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada, *“lo cual [se] viene a materializar tanto [del] derecho constitucional de la igualdad ante la ley (Artículo 19 N° 2), [como de la] garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el Artículo 19 N° 3”*<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> (Enteiche Rosales, 2017, págs. 27 - 30)

<sup>359</sup> (Covarrubias Cuevas, 2014, pág. 211)

<sup>360</sup> (Navarro Beltrán, 2018, pág 94)



Del otro lado, nuestra Constitución regula la prohibición de establecer tributos desproporcionados en el artículo 19 N° 20 de la Constitución al manifestar en el inciso segundo que en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Respecto a esta última consagración, Humberto Nogueira establece que el legislador sólo tiene como límite el “*no actuar con una clara o abierta falta de razonabilidad o falta de fundamento en el establecimiento del tributo*”<sup>361</sup>, esto es, el tributo ha de ser “*adecuado y necesario para el fin legítimo asegurado constitucionalmente*”<sup>362</sup> para así no contravenir el principio de proporcionalidad consagrado.

Asimismo, Miguel Ángel Fernández destaca que la Corte Suprema ha establecido en esta materia que,

*“el principio de proporcionalidad asegura la debida confianza de que el tributo o gabela que se imponga a los servicios, concesiones o permisos, que es la materia que ahora interesa, guarde la debida relación equitativa, con tales servicios, concesiones o permisos, sobre la base de pautas permanentes e inequívocas, como una forma de respetar el principio básico de igualdad ante la ley e igual repartición de los tributos”*<sup>363</sup>.

## **(ii) El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal.**

En materia penal, el principio de proporcionalidad supone un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos. Esto se manifiesta en dos vertientes. De un lado, en el momento de la individualización legal de la pena, es decir, cuando la proporcionalidad es abstracta. Del otro, en el momento de la aplicación judicial de la pena, es decir, cuando la

---

<sup>361</sup> (Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo II, 2008, pág 562)

<sup>362</sup> (Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo II, 2008, pág 562)

<sup>363</sup> (Fernández, 2000, pág. 363)

proporcionalidad es concreta<sup>364</sup>. Para Matus, Ramírez y Politoff, “*este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor*”<sup>365</sup>.

En virtud de una consagración constitucional débil, no podemos hablar de una obligación a legislar de una u otra forma según él. De esta forma, respecto a la individualización legal de la pena se reconoce una importante libertad y deferencia al legislador democrático. Sin embargo, como ya hemos visto, este principio se ha desarrollado de forma importante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, razón por la cual, el legislador no puede desconocerlo. En razón de ello, en esta actividad, la proporcionalidad actúa como guía y límite. Así, el legislador debe optar por penalizar únicamente aquellas conductas donde no exista alternativa para lograr el mismo fin. Es decir, el principio de proporcionalidad justifica lo que en la doctrina penal se conoce como el ‘*principio de ultima ratio*’, ante lo cual el legislador debe optar por desarrollar una política criminal razonable, privilegiando otros recursos estatales o sociales para evitar llegar a una extrema penalización<sup>366</sup>.

En el mismo sentido, el principio de proporcionalidad tiene una influencia directa en el marco general abstracto que el legislador establece para cada uno de los delitos. El legislador deberá sancionar con una pena mayor aquellos delitos que afecten bienes jurídicos de mayor relevancia<sup>367</sup>. Es decir, el principio de proporcionalidad influye directamente en el marco general abstracto que el poder legislativo ha establecido, ya que determina la pena asignada al delito, la forma de aplicar los distintos atenuantes o agravantes que se pueden consagrar, las

---

<sup>364</sup> (Fuentes Cubillos, 2014, pág. 19)

<sup>365</sup> (Matus, Ramírez, & Politoff, 2003, pág. 71)

<sup>366</sup> (Matus & Ramírez, 2015, pág. 248)

<sup>367</sup> De todos modos, la doctrina discute donde se encuentran los límites para el legislador en la función de protección de las leyes penales. Por un lado, están quienes consideran que el legislador solamente puede proteger bienes jurídicos que estén reconocido constitucionalmente. Es decir, es la Constitución la que define los bienes jurídicos que el legislador puede proteger. Esta teoría se conoce como la teoría estricta el bien jurídico protegido. Por otro lado, para otros, la Constitución señala metas y directrices, dejando abierto el abanico valorativo el cual puede referirse legislador penal al seleccionar los bienes jurídicos a proteger, si encontrarse aquel limitado los contenidos valóricos constitucionalmente declarados. De este modo, es el legislador quien define los bienes jurídicos que corresponde proteger (Matus & Ramírez, 2015, págs. 241 - 248).

diversas etapas de desarrollo o grado de ejecución de la pena, los diversos criterios para determinar el grado de participación del agente, y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal<sup>368</sup>. De este modo, el principio de proporcionalidad es una guía para que el legislador prevea una pena más alta, para aquellos delitos que afecten a los bienes jurídicos más importantes, y una pena más baja, para aquellos delitos que afecten bienes jurídicos de menor relevancia<sup>369</sup>. En palabras de Enrique Cury, *“el punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito, en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de acción y resultado del hecho tipificado”*<sup>370</sup>.

El momento en que le toca al juez determinar la exacta y definitiva medida de la pena que ha de imponerse al condenado, valorando todas y cada una de las circunstancias que rodearon al hecho, es cuando entra a jugar la proporcionalidad en concreto. Esta actividad es de competencia exclusiva del juez penal, ya que este determina la reacción penal específica al caso concreto. De este modo, el juez penal tiene discrecionalidad para determinar la pena concreta, pero también debe respetar ciertos márgenes que el legislador ha establecido<sup>371</sup>.

Además de estos márgenes, el juez debe ponderar diversas circunstancias que lo obligan a sancionar al imputado en su justa medida<sup>372</sup>. En esa lógica, el artículo 69° del Código Penal dispone que *“dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”*. Por su parte, el artículo 70°, establece que en la aplicación de las multas el *“tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias*

---

<sup>368</sup> (Fuentes Cubillos, 2014, pág. 34)

<sup>369</sup> (Ossandón Widow, 2009, pág. 468)

<sup>370</sup> (Cury, 2011, pág. 698)

<sup>371</sup> Estos criterios se desarrollan en el Libro Primero del Código Penal, Título IV denominado *“De la aplicación de las penas”* (artículos 50° a 78°).

<sup>372</sup> En efecto, el artículo 11° y 12° del Código Penal obligan al juez a considerar las circunstancias atenuantes y las agravantes.

*anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia*". Así, el juez penal debe considerar estos elementos en la sentencia respectiva, donde además debe fundamentar cómo se ha dado cumplimiento a esta obligación, es decir, explicar cuál ha sido la aplicación concreta del número de circunstancias agravantes y atenuantes, su identidad, la extensión del mal causado por el delito, y como han influido en la precisión de la pena<sup>373</sup>.

### **(iii) El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo.**

Como consecuencia de una regulación administrativa dispersa, el principio de proporcionalidad se encuentra en distintos cuerpos normativos<sup>374</sup>.

Por un lado, encontramos al principio de proporcionalidad en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N.º 18.575). Desde luego, este cuerpo normativo reitera que la Administración tiene como finalidad promover el bien común (artículo 1º). En segundo lugar, se manifiesta en cuanto la Administración se extralimite en el ejercicio de sus funciones, dará lugar a que las personas interpongan las acciones y recursos correspondientes (artículo 2º). Finalmente, el principio de proporcionalidad se manifiesta a través de la exigencia de la búsqueda del interés general, pues la Administración debe emplear los medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Esto se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la Administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley (artículo 53º).

Por su parte, la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N.º 19.880) consagra al principio de proporcionalidad mediante la exigencia a la autoridad que exprese los hechos y

---

<sup>373</sup> (Fuentes Cubillos, 2014, págs. 34 - 36)

<sup>374</sup> (Enteiche Rosales, 2017, págs. 30 - 32)

fundamentos de sus actuaciones, en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio (artículos 11º y 41º). Además, la Administración debe indicar cuales son los recursos procedentes y los plazos correspondientes que se consagran para poder impugnar sus decisiones (artículo 41º). Para Jorge Bermúdez, *“la actuación administrativa debe ser proporcionada, es decir debe respetar la relación equilibrada que debe existir entre finalidad perseguida y medio utilizado. Esto se aprecia especialmente respecto de actuaciones gravosas para la Administración del Estado. La actuación administrativa debe ser, en todo caso, necesaria, adecuada y proporcionada a la finalidad que persigue la norma jurídica”*<sup>375</sup>.

La doctrina divide al principio de proporcionalidad en tres vertientes. En primer lugar, hay una vertiente normativa, de manera que las disposiciones generales deben determinar sanciones que asignen infracciones que sean proporcionales a las infracciones que buscan evitar<sup>376</sup>. En palabras de Alejandro Cárcamo, el legislador debe establecer sanciones que sean *“deben ser proporcionales -razonables en la ley- al ilícito que se pretende castigar”*<sup>377</sup>.

En segundo lugar, al momento de su aplicación, donde se refiere a la puesta en práctica del principio en actos concretos sean individuales o generales que dicta la Administración. En efecto, cualquier medida que la Administración adopte en el ejercicio de sus potestades, debe contemplar la aplicación del principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta vertiente se vislumbra de una forma implícita en cuanto, por regla general, la Administración dicta resoluciones limitada por los márgenes que el legislador ha establecido para el ejercicio de la potestad administrativa, pero no aplicando el triple test en cada una, por lo que es una aplicación más libre y carente de condicionantes jurídicos<sup>378</sup>.

Finalmente, el principio de proporcionalidad se aplica al momento de controlar el ejercicio de las potestades administrativas, principalmente, mediante la jurisdicción ejercida por los Tribunales de Justicia. De esta forma, la presente vertiente del principio de proporcionalidad

---

<sup>375</sup> (Bermúdez Soto, 2011, pág. 444)

<sup>376</sup> (Nieto García, 2017, pág. 515)

<sup>377</sup> (Carcamo Righetti, 2014, pág. 156)

<sup>378</sup> (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004, págs. 206 - 208) (Carcamo Righetti, 2014, pág. 156)

presenta algunas diferencias con la vertiente anterior dado que, en ella la aplicación del principio de proporcionalidad es negativa, En otras palabras, busca marcar límites al ejercicio de las potestades de la Administración. En esta lógica, este se manifiesta de una forma más evidente, especialmente, en la utilización del triple test de proporcionalidad. Daniel Sarmiento manifiesta que *“la vertiente controladora del principio de proporcionalidad esconde la auténtica naturaleza y esencia de éste”*<sup>379</sup>. Según explica este mismo autor, el principio de proporcionalidad en la vertiente controladora presenta las siguientes características. Desde luego, el órgano de la Administración podrá únicamente demostrar que su actuación ha respetado el principio de proporcionalidad, mediante el triple test de proporcionalidad. En segundo lugar, permite un mayor desarrollo argumentativo. En efecto, el triple test genera motivación ya sean los medios, fines, hechos y el equilibrio entre todos ellos. En tercer lugar, se genera lo que Alexy denominó la *“regla de prevalencia condicionada”*<sup>380</sup>, esto es, cada vez que se aplica el principio de proporcionalidad en su vertiente de control, se crea una nueva regla que la Administración deberá tener en cuenta al momento de ejercer sus potestades. De este modo, se concreta la función fiscalizadora y directora que tiene el principio de proporcionalidad<sup>381</sup>.

#### **(iv) El principio de proporcionalidad en la regulación de la potestad sancionatoria.**

Como se puede desprender, el principio de proporcionalidad en materia sancionadora se ha convertido en un principio central al ser determinante en el establecimiento de la sanción específica. Ahora bien, este principio si bien limita las sanciones que la Administración puede imponer, en ningún caso este principio supone una liviandad para sancionar. Como dice Alejandro Cárcamo, *“los montos de las multas -sanción administrativa por antonomasia, deben ser lo suficientemente gravosos y elevados para que cumplan con un rol disuasivo”*<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004, pág. 209) (Carcamo Righetti, 2014, pág. 157)

<sup>380</sup> En palabras del propio Alexy, *“la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”*. (Alexy, 1993, pág. 92)

<sup>381</sup> (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004, pág. 211)

<sup>382</sup> (Carcamo Righetti, 2014, pág. 157)

Como ya hemos mencionado previamente, el principio de proporcionalidad tiene tres momentos los cuales actúa. En una primera instancia, al legislar. En una segunda instancia, al momento de aplicar la sanción y/o juzgar su determinación. Finalmente, al momento en que el acto es controlado jurisdiccionalmente. En Chile, la utilización de este principio comenzó a cobrar fuerza como respuesta a las débiles facultades que tenía la Administración hasta los años 90' en nuestro país, por lo que comenzaron las modificaciones para fortalecer sus facultades de fiscalización y con ello la facultad de sancionar. Este fortalecimiento se hacía necesario ya que la Administración tiene *“el rol de velar porque la actuación de entes que comprometen el interés público, se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico”*<sup>383</sup>. Para el infractor, jamás puede ser más conveniente la infracción.

Sin embargo, ante el fortalecimiento de sus facultades, el legislador se preocupó de regular las posibles arbitrariedades y el amplio rango de discrecionalidad al sancionar, por lo cual, comenzó a aplicar el principio de proporcionalidad, y así propender hacia una mayor eficiencia y eficacia en el funcionamiento de la Administración<sup>384</sup>.

El legislador ha ido estableciendo elementos objetivos que determinan parámetros para las multas que puede imponer la Administración, y facilitar tanto la imposición misma de la sanción como su control judicial. De esa forma, establecidos dichos parámetros, estos devienen en límites obligatorios para la Administración por lo que, si son transgredidos, el acto administrativo es anulable<sup>385</sup>. A este respecto, los entes sancionadores han sido modificados

---

<sup>383</sup> Historia de la Ley N° 19.613 que modifica la Ley N° 18.410 y DFL 1, de 1982, para fortalecer régimen de fiscalización del sector de servicios eléctricos, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 5

<sup>384</sup> Esta tónica es posible encontrarla en las historias legislativas de las Superintendencias. A modo de ejemplo, en la historia de la ley respecto al primer trámite constitucional de la modificación realizada a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, se sostuvo que *“en el seno de vuestra comisión se estimó que, aunque había acuerdo para aumentar el monto, era indispensable que se clasificaran conductas en atención a su gravedad y que existiera una graduación de las sanciones pecuniarias que la Superintendencia podría establecer, con objeto de evitar el grado de discrecionalidad de que puede estar revestido un funcionario público”*. (Historia de la Ley N° 19.613 que modifica la Ley N° 18.410 y DFL 1, de 1982, para fortalecer régimen de fiscalización del sector de servicios eléctricos, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 29.)

<sup>385</sup> (Enteiche Rosales, 2017, pág. 90)

hacia una regulación con dos fórmulas principales para reducir el rango de discrecionalidad en la imposición de sanciones, en este caso, específicamente las multas.

La primera de estas fórmulas ha sido clasificar las sanciones, esto es, establecer escalones de gravedad en donde encontramos infracciones o sanciones leves, graves y gravísimas, asociando así distintos rangos de montos de las multas<sup>386</sup>. Ante ello, el legislador debe ser claro con las conductas que se adscriben a cada uno de los escalones.

La segunda de estas fórmulas es la regulación de criterios objetivos que la Administración debe aplicar al caso concreto a fin de que pueda ponderar las circunstancias que rodean a la infracción y así individualizar la multa aplicada.

Así, mediante rangos y criterios, se obliga a la Administración a justificar la calificación de la infracción y el cuántum sancionatorio que se aplica al caso concreto.

**a. Respecto a las normas que establecen rangos o márgenes para imponer una multa.**

Establecer márgenes para clasificar la sanción administrativa, significa que la Administración sólo podrá aplicar una multa determinable, al optar por una cuantía dentro de los márgenes que el legislador fije previamente, y no una más alta<sup>387</sup>. En nuestro país se han utilizado dos fórmulas para establecer los márgenes de las multas a imponer. De un lado, están aquellas normas que regulan un rango de infracción estableciendo mínimos y máximos. Del otro, están aquellas normas que sólo regulan el máximo que puede imponerse, es decir, establecen un límite.

---

<sup>386</sup> Esta figura ha sido reconocida y valorada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Tribunal Constitucional. Roles 2264/2012, considerados 18º y 19º; 2743/2014 considerandos 18º y 33º; 2922/2015, considerando 20º)

<sup>387</sup> (Enteiche Rosales, 2017, pág. 91)



Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que *“tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular”*<sup>388</sup>.

Es evidente que estos métodos no restringen la discrecionalidad como para que la Administración pierda poder de decisión en concreto respecto a la multa. Incluso se ha postulado que el método de establecer un máximo no es un límite real. En esa línea, Nicolas Enteiche sostiene que la proporcionalidad legislativa para la aplicación de la ley se cumple con ambos métodos. Sin embargo, previene que las últimas son muy amplias, ya que no establecen ningún parámetro<sup>389</sup>.

En ese último sentido, como se vislumbra en la historia de la ley, el legislador ha mostrado una alta inclinación hacia la técnica de establecer rangos mínimos y máximos, pues *“al no tener un piso se produce confusión en los niveles [de las infracciones], lo que debería perfeccionarse para guardar la debida coherencia”*.<sup>390</sup>

Estos rangos se establecen en la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento en su artículo 339° (Ley N.° 20.720); la Ley de la Superintendencia de Educación en su artículo 73° (Ley N.° 20.529); y finalmente, la Ley de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en su artículo 15° (Ley N.° 18.410). En estas normas, el legislador ha establecido una coherencia previa entre la infracción administrativa y la multa que corresponde aplicar ante dicha infracción. Así, la Administración no puede sancionar fuera de los rangos que el legislador ya ha establecido previamente.

Por el otro lado, dentro de las normas que no fijan rango alguno para la multa administrativa, sino que solamente establecen un límite máximo podemos encontrar las siguientes a modo de ejemplo: la Ley de la Superintendencia de Medio Ambiente en su artículo 39° (Ley 20.417); la Ley de la Superintendencia de Servicios Sanitarios en su artículo 11° (Ley N° 18.902); la Ley

---

<sup>388</sup> STC Rol 2922/2015, considerando 21°.

<sup>389</sup> (Enteiche Rosales, 2017, pág. 93)

<sup>390</sup> Historia de la Ley N° 19.613 que modifica la Ley N° 18.410 y DFL 1, de 1982, para fortalecer régimen de fiscalización del sector de servicios eléctricos, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 48.

de la Superintendencia de Seguridad Social en su artículo 57° (Ley N° 16.395); la Ley de la Comisión del Mercado Financiero en su artículo 37° (Ley N° 21.000); y la Ley de la Superintendencia de Salud en su artículo 120° (DFL N° 1).

**b. El establecimiento de criterios objetivos de carácter legal para la determinación de una sanción administrativa<sup>391</sup>.**

Como reforzamiento para controlar el rango de discrecionalidad que se le entrega a los entes sancionadores, el legislador optó por establecer criterios objetivos que se han de utilizar para fundamentar el cuántum de la sanción. En concreto, estos criterios son las circunstancias específicas que anteceden o siguen a la comisión de la conducta sancionada y determinan la sanción específica para el caso concreto.

Siendo estos criterios el núcleo de este trabajo, se desarrollarán en el próximo capítulo.

---

<sup>391</sup> Estos criterios constituyen la tercera fase del procedimiento de sanción administrativa. Es decir, una vez que ya sean subsumidos los hechos y se ha clasificado la infracción (en caso que el legislador haya establecido rangos de sanciones) (Osorio Vargas, 2017, pág. 842).

## **CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES DE MULTA.**

En el presente capítulo ahondaremos en los criterios de graduación de las sanciones administrativas, en particular, la graduación de las multas administrativas. En concreto, nos referiremos a su regulación normativa y su desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Para ello, este capítulo se divide en dos grandes partes. De un lado, realizaremos un análisis de los criterios de graduación en general. Del otro, desarrollaremos los criterios de graduación de mayor aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

### **A) ANALISIS EN GENERAL DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES**

En esta parte, en primer lugar, se desarrollará el contenido de los criterios de graduación analizando el contexto normativo de los criterios de graduación. En segundo lugar, se analizará su regulación. En tercer lugar, se realizará una conceptualización de los criterios. En cuarto lugar, se analizarán las características de los criterios de graduación. En quinto lugar, se expondrán diversas clasificaciones de los criterios de graduación. En sexto lugar, se explicará cómo se aplican los criterios de graduación. Finalmente, se hará referencia a la importancia de los criterios de graduación.

#### **(a) Contexto normativo de los criterios.**

Para comprender plenamente el rol de los criterios de graduación es menester precisar el momento de su análisis por parte de la Administración. Así, producida una infracción o un deber vulnerado, la Administración debe subsumir dicha infracción en las normas sectoriales. Posteriormente, debe proceder a clasificar la infracción (en caso que la regulación normativa contemple una clasificación de las infracciones administrativas). Finalmente, se deben ponderar los criterios de graduación para determinar la cuantía de la sanción específica. Así, los criterios de graduación son una etapa final para justamente graduar y determinar la sanción. En ese

sentido, estos son el último paso que la Administración realiza antes de imponer la sanción específica al infractor.

**(b) Regulación normativa de los criterios.**

Nuestro ordenamiento regula diversos criterios de graduación de las sanciones. Estos se encuentran regulados a nivel legal y desarrollados por diversas Bases Metodológicas. A continuación, se hará referencia a ambas regulaciones.

**(i) Regulación legal de los criterios de graduación**

El legislador ha consagrado criterios de graduación en diversos cuerpos sectoriales. Así se puede apreciar en el siguiente esquema:

<b>Norma</b>	<b>Artículo</b>	<b>Texto normativo</b>
Ley N° 20.417 <sup>392</sup>	Artículo 40	<p>“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:</p> <p>a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.</p> <p>b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.</p> <p>c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.</p> <p>d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.</p> <p>e) La conducta anterior del infractor.</p> <p>f) La capacidad económica del infractor.</p> <p>g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.</p> <p>h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.</p>

<sup>392</sup> Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

		i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.”
Ley 18.410 <sup>393</sup>	Artículo 16	“Artículo 16, inciso segundo.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado. b) El porcentaje de usuarios afectados por la infracción. c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma. e) La conducta anterior. f) La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado.”
Ley N° 20.529 <sup>394</sup>	Artículo 73 letra b)	“Artículo 73, inciso 2°.- La multa aplicada deberá tomar en cuenta el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción, la intencionalidad de la comisión de la infracción y la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la matrícula total del establecimiento a la fecha de la infracción y la subvención mensual por alumno o los recursos que reciba regularmente, excluidas las donaciones.”
Ley N° 21.091 <sup>395</sup>	Artículo 58	“Artículo 58.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará la naturaleza y gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de ésta; la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; el cumplimiento de los planes de recuperación, en su caso y la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.”

<sup>393</sup> Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

<sup>394</sup> Crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización.

<sup>395</sup> Ley sobre la Educación Superior.

Ley N° 20.720 <sup>396</sup>	Artículo 339	“Artículo 339, inciso 3°.- La multa específica se determinará apreciando fundadamente la gravedad de la infracción y el perjuicio causado a la masa, al Deudor o a terceros que tengan interés en el Procedimiento Concursal respectivo.”
Ley N° 16.395 <sup>397</sup>	Artículo 57	“Artículo 57°, inciso segundo.- El monto específico de la multa se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en forma reiterada. Se entenderá que son infracciones reiteradas cuando se hayan cometido dos o más de ellas en los últimos veinticuatro meses.”
DL N° 3538 <sup>398</sup>	Artículo 38.	<p>“Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La gravedad de la conducta.</li> <li>2. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese.</li> <li>3. El daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado financiero, a la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción.</li> <li>4. La participación de los infractores en la misma.</li> <li>5. El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización.</li> <li>6. La capacidad económica del infractor.</li> <li>7. Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias.</li> <li>8. La colaboración que éste haya prestado a la Comisión antes o durante la investigación que determinó la sanción.</li> </ol> <p>La calidad de reincidente del infractor no se tomará en consideración en aquellos casos en que haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa específica de conformidad con lo establecido en la letra a) del numeral 2</p>

<sup>396</sup> Sustituye el Régimen Concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas, y perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo.

<sup>397</sup> Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social.

<sup>398</sup> Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Regulado también mediante la Ley N° 21.000.

		del artículo 36 y en la letra a) del numeral 2 del artículo 37.”
Ley N° 18.902 <sup>399</sup>	Artículo 11	“Artículo 11, incisos finales.- Las multas señaladas en este artículo podrán aumentarse hasta el doble del monto máximo señalado para cada caso cuando se trate de infracciones reiteradas. Podrá, además, acumularse la pena de multa a la clausura contemplada en este artículo. El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción.”
Código de Aguas	Artículo 173 ter	“Artículo 173 ter, inciso tercero.- Para la determinación del monto de la multa al interior de cada grado, se deberá tener en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: el caudal de agua afectado, si son aguas superficiales o subterráneas, si se produce o no la afectación de derechos de terceros, la cantidad de usuarios perjudicados, el grado de afectación del cauce o acuífero, y la zona en que la infracción se produzca, según la disponibilidad del recurso.”
Código Tributario	Artículo 107	“Artículo 107.- Las sanciones que el Servicio o el Tribunal Tributario y Aduanero impongan se aplicarán dentro de los márgenes que corresponda, tomando en consideración: 1° La calidad de reincidente en infracción de la misma especie. 2° La calidad de reincidente en otras infracciones semejantes. 3° El grado de cultura del infractor. 4° El conocimiento que hubiere o pudiese haber tenido de la obligación legal infringida. 5° El perjuicio fiscal que pudiese derivarse de la infracción. 6° La cooperación que el infractor prestare para esclarecer su situación. 7° El grado de negligencia o el dolo que hubiere mediado en el acto u omisión. 8° Otros antecedentes análogos a los anteriores o que parezcan justo tomar en consideración atendida la naturaleza de la infracción y sus circunstancias.”

<sup>399</sup> Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Ley N° 18.838 <sup>400</sup>	Artículo 33 numeral 2.	<p>“Artículo 33.- Las infracciones a las normas de la presente ley y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con:</p> <p>2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. [...] En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa”.</p>
Ley N° 19.937 <sup>401</sup>	Artículo 14 N° 2	<p>“Artículo 14.- Tratándose de infracciones cometidas por las entidades acreditadoras, el Intendente de Prestadores de Salud podrá aplicar a la entidad las siguientes sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta o su reiteración:</p> <p>2.- Multa de hasta 1.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de una misma naturaleza, dentro de un período de doce meses, podrá aplicarse una multa de hasta cuatro veces el monto máximo antes expresado”.</p>
Ley N° 18.168 <sup>402</sup>	Artículo 36 N° 2.	<p>“Artículo 36.- Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus 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. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones:</p> <p>2.- Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción. En los demás casos, la multa fluctuará entre 5 y 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción, se podrá triplicar el máximo de la multa.”</p>

<sup>400</sup> Crea el Consejo Nacional de Televisión.

<sup>401</sup> Modifica el D.L. N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una Nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana

<sup>402</sup> Ley General de Telecomunicaciones



Ley N° 18.755 <sup>403</sup>	Artículo 26 letra c)	<p>“Artículo 26.- 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.</p> <p>En casos en que la multa asignada a una contravención estableciere montos mínimo y máximo, el rango comprendido entre tales extremos se dividirá en dos partes iguales: la mitad superior y la mitad inferior, y la aplicación de la misma se regulará conforme a los siguientes criterios:</p> <p>c) Si se tratare de infracciones que no implican la producción de un resultado determinado, se podrá aplicar la multa en toda su extensión, regulando su cuantía según si el infractor ha sido sancionado anteriormente por otras infracciones a las normas cuya fiscalización le corresponda al Servicio; la gravedad de los daños causados; las providencias que se hubieren tomado para reducir los daños y los beneficios que el infractor hubiere obtenido de la infracción.”</p>
DFL N° 30 de 1953 <sup>404</sup>	Artículos 60 y 176 letra m) inciso 2°.	<p>“Artículo 60.- Los concesionarios de recintos de depósito aduanero y los almacenistas habilitados, sus socios, representantes y empleados, quedarán sujetos a la jurisdicción disciplinaria del Director Nacional de Aduanas, en los términos previstos en el artículo 202 de la presente Ordenanza. En estos casos, cuando se aplique multa, su monto máximo será de hasta 200 unidades tributarias mensuales. Si hubiere reincidencia, se podrá aplicar una multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales.”</p> <p>“Artículo 176.- Las infracciones a la presente Ordenanza no comprendidas en los artículos anteriores de este Libro, siempre que no sean constitutivas de los delitos de fraude o contrabando, serán sancionadas con la multa que en cada caso se indica:</p> <p>m) [...]</p> <p>Para fijar la multa se deberá atender al monto de los derechos e impuestos involucrados, al número de</p>

<sup>403</sup> Ley que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero.

<sup>404</sup> Ordenanza de Aduanas.

		mercancías no declaradas, al valor de éstas, y además, si se trata de infractores reincidentes;”
DFL N° 430 de 1991 <sup>405</sup> .	Artículos 108 letra a, 108 A, 108 B y 110 inciso antepenúltimo.	<p>“Artículo 108.- Las infracciones a la presente ley, a sus reglamentos o a las medidas de administración pesquera de la presente ley, adoptadas por la autoridad, serán sancionadas con todas o algunas de las siguientes medidas:</p> <p>a) Multas, que el juez aplicará dentro de los márgenes dispuestos por esta ley, teniendo en especial consideración el daño producido a los hidrobiológicos y al medio ambiente.”</p> <p>“Artículo 108 A.- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por reincidencia la reiteración de cualquiera de las infracciones a las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera, cometidas dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que haya quedado ejecutoriada la sentencia condenatoria. En caso de reincidencia, las sanciones pecuniarias y el período de clausura se duplicarán, salvo disposición en contrario”.</p> <p>Artículo 108 B.- Cuando la infracción se refiera a productos derivados de recursos hidrobiológicos, la multa deberá calcularse en base a la cantidad de recursos hidrobiológicos requeridos para su elaboración. Para tales efectos, se considerará el rendimiento productivo del recurso que corresponda para la línea de proceso respectiva, establecido por resolución del Servicio y que estuviera vigente a la fecha de la infracción. En el caso de que no se encuentre fijado el rendimiento productivo en los términos indicados, o no se pueda determinar el recurso hidrobiológico objeto de la infracción, se estará al menor rendimiento productivo que haya sido fijado respecto de los demás productos.</p> <p>Artículo 110.- Serán sancionados con multa de una a cuatro veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia,</p>

<sup>405</sup> Ley General de Pesca y Acuicultura.

		<p>por la cantidad de recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, reducida a toneladas de peso físico, y con el comiso de las especies hidrobiológicas y de las artes y aparejos de pesca, o equipo y traje de buceo, según corresponda, con que se hubiere cometido la infracción, los siguientes hechos:</p> <p>[...]</p> <p>En el caso de las conductas descritas en las letras e), k), l) y m) de este artículo, podrá aplicarse la pena de amonestación, la que será impuesta por el juez que conozca del proceso, debiendo considerar al efecto el beneficio económico obtenido, si procede, la capacidad económica del infractor, la gravedad de la conducta y las consecuencias del hecho. En ningún caso la amonestación procederá más de dos veces respecto del mismo infractor.</p>
--	--	--

**(ii) Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones.**

**1) Concepto de Bases Metodológicas.**

Adicionalmente a la regulación legal, los órganos de la Administración haciendo uso de sus facultades de autorregulación, han dictado normativas generales para la determinación de sanciones. Dentro de estas normativas generales, se encuentran las Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones pecuniarias administrativas. De este modo, la doctrina ha definido estas Bases Metodológicas, para explicar el objetivo y alcance de las mismas.

En el derecho nacional, Rosa Gómez sostiene que las Bases Metodológicas son una expresión de la autorregulación administrativa que “*constituyen orientaciones generales que condicionan el ejercicio*”<sup>406</sup> del procedimiento sancionatorio. Estas pueden expresarse en reglamentos o circulares, en los cuales “*la autoridad establece criterios objetivos para el ejercicio su propia potestad discrecional, desarrollando de antemano un determinado programa o sistema de aplicación de sanciones, el que mantendrá en el tiempo mientras no concurran razones que justifiquen su modificación o derogación*”<sup>407</sup>.

<sup>406</sup> (Gómez, 2018, pág. 347)

<sup>407</sup> (Gómez González, 2018, pág. 346)

Ahora bien, la misma autora arguye que lo anterior no traduce la potestad sancionadora en una potestad reglada. Así lo explica al sostener:

*“[e]llo no quiere decir que la potestad discrecional conferida por la ley se torne reglada o, en su caso, excluya la concurrencia de cualquier otro criterio que acontezca en un determinado supuesto de hecho y que no esté considerado en la guía o directriz, puesto que la autoridad deberá adoptar la decisión más adecuada acorde con las particularidades de cada caso en concreto”<sup>408</sup>.*

En el derecho comparado, Eva Desdentado establece que las Bases Metodológicas son parte de *“la práctica de las directrices o directivas, que suelen aparecer bajo la forma de circulares o instrucciones no normativas, a través de las cuales se establecen orientaciones generales para el ejercicio de una determinada potestad o, incluso, para interpretar una norma”<sup>409</sup>*. En ellas, la autora establece que se vislumbra la determinación por parte de la Administración de *“una determinada <<política de actuación>>, [...] para optar por un determinado curso de acción para la consecución de fines u objetivos que constituyen el punto de mira de la actuación administrativa”*. En ese sentido, dicha política funciona como un *“instrumento de racionalización de la discrecionalidad”<sup>410</sup>*.

En el mismo sentido, Richard Macrory resalta a las Bases Metodológicas como un instrumento relevante para que el Derecho Administrativo Sancionador sea transparente. Así, argumenta que las Bases Metodológicas o *“enforcement policies”* son un documento público en el cual se establecen las medidas que el público y la comunidad regulada pueden esperar de un regulador cuando se ha identificado una infracción. En ellas, se ha de especificar la gama de opciones de ejecución de que dispone el regulador, cuándo es probable que se adopten medidas de ejecución y en qué circunstancias. Asimismo, éstas deberían hablar de las políticas del regulador en materia de aplicación de la normativa basada en el riesgo, las medidas de aplicación en casos de reglamentos contradictorios, la prestación de asesoría a los regulados y la

---

<sup>408</sup> (Gómez, 2018, pág. 346)

<sup>409</sup> (Desdentado Daroca, 1999, pág. 189)

<sup>410</sup> (Desdentado Daroca, 1999, pág. 189)

información que se solicita a las empresas<sup>411</sup>. Con todo, estas no pueden convertir el proceso de la imposición de la multa en un sistema reglado pues sostiene que la flexibilidad es la piedra angular de un buen sistema de cumplimiento normativo<sup>412</sup>.

En esa misma línea, nuestra Corte Suprema sostuvo que las Bases Metodológicas tienen por finalidad “*dar mayor transparencia a la manera de aplicar los castigos*”<sup>413</sup>.

En suma, las Bases Metodológicas se han convertido en un instrumento importante, reconocidas tanto a nivel nacional como comparado, que permite una mayor predeterminación y publicidad a la hora de sancionar. En ningún caso transforman la potestad sancionadora en una potestad reglada, pero permiten anticipar medianamente la actuación que la Administración desarrollará ante una infracción.

## **2) Características de las Bases Metodológicas.**

Las Bases Metodológicas reúnen diversas características que auxilian a comprender su aplicación y alcance.

En primer lugar, las Bases son propias de la potestad discrecional. En efecto, así lo define Eva Desdentado, quien sostiene:

*“la atribución de potestades discrecionales supone, asimismo, la atribución a la autoridad administrativa de la potestad de establecer directrices, esto es, de llevar a cabo una elección acerca de los criterios de actuación que han de operar como reglas para la consecución de determinados fines u objetivos”*<sup>414</sup>.

En ese sentido, las Bases no pueden crear potestades. Lo que supone dicha potestad de autorregularse no implica que la institución puede atribuirse nuevas potestades que no hayan sido otorgadas por ley. De este modo, las Bases Metodológicas solamente desarrollan la forma

---

<sup>411</sup> Traducción nuestra. (Macrory, 2006, pág. 88)

<sup>412</sup> (Macrory, 2006, pág. 88)

<sup>413</sup> En este sentido: SCS Rol N° 17.736/2016. Considerando 1°.

<sup>414</sup> (Desdentado, 1999, pág. 189)

de aplicar los criterios de graduación, pero no generan una potestad nueva. Es el legislador el que ha creado y determinado los criterios de graduación. Las Bases Metodológicas solamente los desarrollan y complementan.

En segundo lugar, las Bases son de carácter general<sup>415</sup>. En otras palabras, las Bases no resuelven un caso concreto, sino que establecen parámetros generales para resolver los casos que se le presenten a la institución en un futuro.

En tercer lugar, las Bases son guías. Estas, por regla general, se manifiestan a través de circulares de carácter interpretativo<sup>416</sup>. Así, lo que se pretende por medio de ellas es clarificar los parámetros sobre cómo han de interpretarse los conceptos indeterminados establecidos por el legislador, para pretender mantener decisiones uniformes o consistentes. En razón de lo anterior, las Bases son parcialmente condición de parámetro de legalidad de los actos administrativos<sup>417</sup>. Lo anterior no quiere decir que la Administración pueda errar en su aplicación y, con ello, que no pueda ser controlado mediante los recursos pertinentes ante tribunales especializados o tribunales ordinarios.

En cuarto lugar, las Bases son de carácter interno. Tal como lo menciona la doctrina, las Bases Metodológicas son normativas generales que emanan de la Administración y esta las dirige a sus mismos funcionarios para que así se puedan auxiliar en ellas durante la tramitación del proceso sancionatorio administrativo<sup>418</sup>. Como consecuencia de aquello, las Bases establecen un estándar de actuación obligatorias para los funcionarios<sup>419</sup>. En razón de lo anterior, las Bases vinculan a sus funcionarios en cuanto *“buscan transparentar la toma de decisiones en el sistema sancionatorio, con lo cual los sujetos regulados contarán con más antecedentes para preparar la defensa de su caso”*<sup>420</sup>. En efecto, las Bases permiten facilitar, racionalizar y

---

<sup>415</sup> En ese sentido, Eva Desdentado establece que dichos *“criterios orientativos, se caracterizan por no operar como factor de decisión de un único caso sino de los diversos casos que en una materia se planteen ante la autoridad administrativa”*. (Desdentado, 1999, pág. 189)

<sup>416</sup> (Gómez González, 2018, pág. 347)

<sup>417</sup> (Desdentado, 1999, pág. 190)

<sup>418</sup> (Gómez González, 2018, pág. 347); (Desdentado, 1999, pág. 189)

<sup>419</sup> (Gómez González, 2018, pág. 346)

<sup>420</sup> (Gómez González, 2018, pág. 346); (Desdentado, 1999, pág. 189)

agilizar la función del Órganos Administrativo. No obstante, si bien las Bases son obligatorias para los funcionarios, estos pueden apartarse de lo establecido en ellas, en la medida que justifiquen dicha opinión diversa. En ese sentido, se pronuncia Eva Desdentado estableciendo que la producción de determinados estándares y políticas de actuación ante determinados casos no “*significa que la vinculación al precedente convierta las potestades discrecionales en potestades regladas*”<sup>421</sup>. Tal como lo menciona la doctrina, estos criterios no pueden convertir a la potestad discrecional en una reglada en cuanto no pueden utilizarse para automatizar las decisiones administrativas.

Finalmente, las Bases Metodológicas no son oponibles a terceros, pero afectan a los sujetos regulados por el Órgano Administrativo<sup>422</sup>. Si bien los funcionarios de la institución sancionadora son aquellos compelidos a utilizar las Bases, esto no significa que no afecten a los sujetos regulados. Lo anterior sucede en cuanto las Bases crean una expectativa de legitimidad y previsión de las consecuencias de las infracciones que, al ser obligatorias para los funcionarios, otorgan certeza jurídica<sup>423</sup>.

### **3) Cuáles son las Bases existentes en nuestro ordenamiento jurídico.**

Existen diversas Bases Metodológicas que regulan la aplicación de multas en nuestro ordenamiento. Así, estas Bases no son uniformes entre unas y otras. Por un lado, encontramos Bases que regulan de forma extensa y en detalle cómo han de aplicarse las normas para el procedimiento sancionatorio. Por el otro, encontramos Bases que mencionan los criterios que han de ponderarse, pero no se extienden cómo han de comprenderse, ni ejemplifican casos en los cuales se han aplicado.

---

<sup>421</sup> (Desdentado, 1999, pág. 186). En ese mismo sentido, posteriormente presenta el caso en el Derecho Anglosajón en el cual se llegaron a dos conclusiones principales: “1) que las autoridades administrativas a las que se ha atribuido una potestad discrecional tienen, también, competencia para realizar elecciones acerca del criterio o criterios políticos que van a guiar, con carácter general, el ejercicio de dicha potestad; 2) que la utilización de directrices no puede anular el carácter discrecional de la potestad así conferida a la autoridad administrativa por el ordenamiento”. (Desdentado, 1999, pág. 191).

<sup>422</sup> (Gómez González, 2018, pág. 347); (Macrory, 2006, pág. 88)

<sup>423</sup> (Gómez González, 2018, pág. 346); (Desdentado, 1999, pág. 190); (Macrory, 2006, pág. 88)

En el primer escenario encontramos las Bases Metodológicas para determinar las sanciones pecuniarias ambientales<sup>424</sup>. Lamentablemente, estas son las únicas Bases de nuestro ordenamiento que entran en detalle sobre los pasos que ha de hacerse en un procedimiento administrativo sancionador para clasificar la multa, graduarla según los criterios establecidos en la Ley N° 20.417 y finalmente, determinar la multa específica. En ellas, se establecen definiciones de doctrina, ejemplos jurisprudenciales tanto de sus tribunales especializados como de la Corte Suprema, y se explicitan fórmulas sobre cómo han de ponderarse los criterios de graduación.

Por el otro lado, encontramos Bases Metodológicas que no entran en detalle sobre la interpretación que ha de realizarse a criterios de graduación. Desgraciadamente, estas son la mayoría. Estas Bases Metodológicas mencionan criterios que deben aplicarse o guían en la clasificación de las sanciones para la respectiva imposición de una sanción. En primer lugar, se encuentra la guía del Instituto de Salud Pública<sup>425</sup>, que establece criterios a considerar al momento de determinar las sanciones en los sumarios sanitarios instruidos en el Instituto de Salud Pública<sup>426</sup>. En éstas se enumeran criterios para considerar, pero no ahondan en su contenido. En segundo lugar, encontramos la Circular N° 93 de la Dirección del Trabajo (en adelante DT)<sup>427</sup>. Dicha Circular se establecen normas para la aplicación de las sanciones, pero no se hace referencia a ningún criterio objetivo para determinar la cuantía específica. Así, dicha Circular establece categorías de gravedad de las multas y rangos de estas dependiendo del tamaño de la empresa a sancionar<sup>428</sup>. En tercer lugar, también sobre materias laborales, la DT emitió la guía denominada “*Tipificador de Hechos Infraccionales y Pauta para aplicar Multas*

---

<sup>424</sup> Inicialmente se regularon las Bases mediante la Resolución exenta N° 1002 de 2015, la cual fue revocada posteriormente por la Resolución exenta N° 85 de 2018, actualmente vigente.

<sup>425</sup> Resolución Exenta N° 1787 de 2012

<sup>426</sup> Sin embargo, y tal como lo refiere Rosa Gómez, las circunstancias agravantes, atenuantes y los elementos para la determinación de sanciones en dicha resolución, no cuentan con un respaldo normativo en el Código Sanitario. (Gómez González, 2018, pág. 350)

<sup>427</sup> Circular N° 93 de 26 de octubre de 2011

<sup>428</sup> Como lo refiere Rosa Gómez, la circular antecesora a esta, la Circular N° 18 de 2010, fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional pues se esgrimió que establecía un subsistema de responsabilidad objetiva al establecer dicha graduación de multa según el tamaño de la empresa. Ante dicha acusación, el Tribunal por medio de la sentencia Rol 2671-14 de inaplicabilidad, determinó que el marco de las sanciones está establecido por ley, habiendo suficientes resguardos, siendo la calificación jurídica de la Dirección del Trabajo legítima.



*Administrativas*<sup>429</sup>. En dicha guía, la DT clasifica las sanciones según el tipo de infracción, la categoría y nuevamente establece un monto de sanción según el tamaño de la empresa a sancionar medido a través del número de trabajadores de ésta, pero tampoco hace referencia a los criterios de graduación. En cuarto lugar, la Superintendencia de Educación Escolar también dictó Bases Metodológicas. En éstas se establece un sistema de estandarización de infracciones que aplicará la Superintendencia de Educación Escolar, tanto en sus labores de fiscalización como de asesoramiento, pero no establece referencia a los criterios de graduación<sup>430</sup>. En quinto lugar, la antigua Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero) mantenía una guía<sup>431</sup> en la cual establecía criterios para la fiscalización, para la inspección y para la aplicación de multas y sanciones. En dicha guía, se establecían algunos criterios, más no se aclaran ni precisan más allá de su enumeración. Finalmente, el Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII), regula la aplicación de las sanciones tributarias mediante la Circular N° 1 de 2004, en donde establece la política de aplicación de sanciones por infracciones tributarias contempladas en determinados numerales del artículo 97 y 109 del Código Tributario y sobre la concesión de condonaciones en los casos tratados en dichas normas. Dicha circular clasifica las sanciones según los numerales de los artículos 97 y 109 del Código Tributario, estableciendo los montos específicos para cada una de las infracciones y clasificándolos según su gravedad. Sin embargo, no establece ninguna información sobre criterios de graduación.

### **(c) Conceptualización de los criterios de graduación**

A falta de definición legal, los criterios de graduación han sido definidos tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

---

<sup>429</sup> Emitida el 01 de septiembre de 2019

<sup>430</sup> Resolución Exenta N° 290 de 2013

<sup>431</sup> Resolución Exenta N° 271 de fecha 29 de diciembre de 2015, aplicable a empresas de menor tamaño.

La Real Academia Española sostiene que los criterios de graduación son “*criterios establecidos por las normas administrativas sancionadoras para graduar la sanción procedente en cada caso*”<sup>432</sup>.

En el derecho comparado, Alejandro Nieto ha sostenido que “*la potestad sancionadora se ejercita con criterios estrictamente jurídicos*”. Para este autor, la discrecionalidad administrativa sancionadora “*debe ejercerse respetando los principios generales del Derecho, y, entre ellos, el de igualdad y el de proporcionalidad*”<sup>433</sup>. Por eso, para este autor, estos criterios son “*un límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones, sin que por tanto exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción*”<sup>434</sup>.

También en el derecho comparado, Ignacio Duréndez sostiene que los criterios de graduación, tanto en la determinación normativa como en la imposición de sanciones, permiten “*guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada*”<sup>435</sup>. Para este autor, a pesar de que los criterios de graduación no limitan por completo la discrecionalidad administrativa, permiten que haya “*más seguridad jurídica a los administrados*”, ya que la Administración “*elige entre varias opciones posibles la que más se atempera a las circunstancias del caso, es decir, la más justa*”<sup>436</sup>.

En nuestro derecho, Iván Aróstica ha establecido que con estos criterios “*el legislador no estatuye de antemano ‘la’ medida de contenido único; pero sí somete, al propio tiempo y en forma reglada, el íter que para la ponderación de los hechos que la consienten haga el administrador; con el propósito de que capte o aprenda adecuadamente a cada realidad singular, por medio de pautas de justicia que se encarga de establecer. Si bien no le indica la meta, si le señala como debe buscar el mejor camino*”<sup>437</sup>.

---

<sup>432</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, en línea <<https://dej.rae.es/lema/criterios-de-graduaci%C3%B3n-de-la-sanci%C3%B3n>>, consultado 14/10/2019.

<sup>433</sup> (Nieto García, 2017, pág. 522)

<sup>434</sup> (Nieto García, 2017, pág. 514)

<sup>435</sup> (Duréndez Sáez, 2009, pág. 311)

<sup>436</sup> (Duréndez Sáez, 2009, pág. 158)

<sup>437</sup> (Aróstica Maldonado, 1987, pág. 118)

Del mismo modo, Jorge Bermúdez sostiene que los criterios de graduación son reglas de ponderación de las sanciones, los cuales son “*de observancia obligatoria para [los Órganos Administrativos Sancionadores] al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable*”<sup>438</sup>.

Asimismo, Nicolas Enteiche arguye que estos criterios permiten que “*la Administración pueda definir la multa con la que sancionará a un particular dentro un rango pre-definido, al momento de castigar a un concreto infractor no solo debe observar la ley, además debe tomar en cuenta las circunstancias específicas que anteceden o siguen a la comisión de la conducta*”<sup>439</sup>.

También, la autora Rosa Gómez define los criterios de graduación como “*elementos mínimos para graduar la sanción*”<sup>440</sup>. Para esta autora, “*el establecimiento de criterios por parte del legislador opera como límite a la discrecionalidad del órgano sancionador, sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular*”<sup>441</sup>. Según explica esta autora, la finalidad de estos criterios es “*servir de herramienta a la Administración para adecuar la sanción a las circunstancias del hecho y de su autor, brindar seguridad y certeza a los particulares frente al ejercicio del poder punitivo y facilitar el control judicial de la medida impuesta*”<sup>442</sup>.

De estas definiciones, podemos destacar diversos elementos que permiten conceptualizar los criterios de graduación. En primer lugar, la doctrina sostiene que los criterios de graduación son un límite la potestad discrecional de la Administración. En segundo lugar, se sostiene que la finalidad de los criterios de graduación es garantizar una adecuada proporcionalidad entre la infracción y la sanción, indicándole a la Administración la forma de conseguir dicho objetivo.

---

<sup>438</sup> (Bermúdez, 2014, pág. 616)

<sup>439</sup> (Enteiche Rosales, 2017, pág. 94)

<sup>440</sup> (Gomez González, Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 537)

<sup>441</sup> (Gomez González, Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 537)

<sup>442</sup> (Gómez González, 2018, págs. 331 - 332)

En tercer lugar, se establece que estos criterios deben ser considerados obligatoriamente al momento de determinar una sanción específica, es decir, su aplicación no es facultativa, sino que es imperativa. Finalmente, la doctrina resalta la certeza jurídica que estos criterios entregan a los particulares.

Por otra parte, la jurisprudencia también ha definido los criterios de graduación.

De un lado, la Corte Suprema ha sostenido que los criterios de graduación son *“una serie de circunstancias que se deben ponderar para establecer el tipo y entidad de la sanción aplicable”*<sup>443</sup>. La Corte ha reconocido que estos criterios son esenciales para *“la determinación específica de la sanción”*<sup>444</sup>.

Del otro lado, el Tribunal Constitucional ha sostenido que estos criterios son parámetros que la Administración debe tener en cuenta al momento de aplicar sanciones, ya que éstos dicen relación a la forma en que deben ejercer la potestad sancionadora, la que debe adecuarse a los principios fijados al efecto por el legislador<sup>445</sup>. En efecto, el Tribunal ha dicho que un presupuesto básico del debido proceso, es que *“la estructura de la sanción y los parámetros procedimentales para su determinación al caso individual no carezcan de mecanismos y pautas legales específicas y determinadas”*<sup>446</sup>. Para el Tribunal la incorporación de estos criterios *“se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la consideración de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto”*<sup>447</sup>. Además, los criterios de graduación *“constrían los espacios de discrecionalidad de la entidad llamada a determinar las sanciones y proporcionen un mayor grado de precisión y transparencia”*<sup>448</sup>. Precisamente con ese fin, el Tribunal ha recalcado la obligatoriedad de los criterios, al sostener que a los Órganos Administrativos Sancionadores:

---

<sup>443</sup>En este sentido: SCS Rol N° 5110-2016, considerando 8°.

<sup>444</sup> En este sentido: SCS Rol N° 17.736-2016, considerando 16°.

<sup>445</sup> En este sentido: STC Rol N° 766 - 2007

<sup>446</sup> En este sentido: STC Rol N° 3684-2017

<sup>447</sup> Así se sostuvo en: STC Rol N° 2922-2015, considerando 27°.

<sup>448</sup> Así se sostuvo en: STC Rol N° 3684-2017, considerando 14°.

*“no le es dado prescindir de aquellas circunstancias que la propia ley obliga imperativamente a considerar al momento de determinar las correspondientes multas, cuales son –entre otras- ‘el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción’, la ‘reincidencia’ o ‘reiteración’ y la ‘gravedad de la conducta’”<sup>449</sup>.*

De este modo, la jurisprudencia reitera varias de las conclusiones ya expuestas por la propia doctrina, pero, además, agrega que los criterios de graduación son un elemento básico de la garantía a un debido proceso.

#### **(d) Características de los criterios de graduación**

Para comprender los criterios de graduación, es necesario su caracterización.

En primer lugar, los criterios de graduación tienen un rango legal<sup>450</sup>. En ese sentido, es el legislador el que los ha consagrado en diversas normativas sectoriales. Si bien es posible encontrarlos en las Bases Metodológicas, estas solamente son un complemento, ya que explican cómo deben ser aplicados, pero no consagran estos criterios.

En segundo lugar, los criterios de graduación son una forma concreta de ejercer el principio de proporcionalidad. En efecto, así lo ha establecido nuestro legislador, la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho Comparado.

Por un lado, nuestro legislador sostuvo en el mensaje del Proyecto de Ley N° 3475-06 que, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, se deberá clasificar las sanciones en leves, graves o gravísimas. Además, el Mensaje de dicho proyecto sostenía la necesidad de establecer criterios de graduación para determinar la sanción específica. En concreto, este Mensaje sostenía:

---

<sup>449</sup> Así se sostuvo en: STC Rol N° 2658-2014, considerando 11°. En ese mismo sentido, se pronuncia esta Magistratura en las sentencias roles N° 2648-2014 considerando 13°, STC Rol N° 2922-2015, considerando 27°; 3014-2016, considerando 10°; 3236-2016, considerando 10°; 3542-2017, considerando 10°; 3575-2017, considerando 10°; 3684-2017, considerando 10°.

<sup>450</sup> (Gómez González, 2018, pág. 331)

*“la Administración deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Para tal efecto, a falta de norma legal especial que los establezcan, se establecen los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: la existencia de intencionalidad o reiteración; la naturaleza de los perjuicios causados; la existencia de riesgos o peligro para terceros, derivados de la infracción cometida y su entidad, y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.”<sup>451</sup>*

En efecto, el artículo 9º de dicho Proyecto de Ley concretaba dicho Mensaje. Esta norma disponía:

*“Artículo 9º.- Dentro de los límites establecidos en la ley, en la aplicación de sanciones pecuniarias se deberá precaver que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.*

*En la imposición de sanciones, la Administración deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Para tal efecto, a falta de norma legal especial que los establezcan, se considerarán los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La existencia de riesgos o peligro para terceros, derivados de la infracción cometida y su entidad.*
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

De manera análoga, la doctrina nacional también ha destacado que los criterios de graduación derivan del principio de proporcionalidad. En nuestro derecho, Rosa Gómez ha establecido que *“los criterios de graduación y ponderación de las sanciones administrativas, derivan del principio de proporcionalidad, toda vez que permiten adecuar la represión a la infracción y a sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa”<sup>452</sup>.*

---

<sup>451</sup> Proyecto de Ley N° 3475-06.

<sup>452</sup> (Gómez, 2018, pág. 330)

Por otro lado, en el Derecho Comparado también han sido reconocidos los criterios como una manifestación del principio de proporcionalidad. En España, Luciano Parejo, a propósito del artículo 131º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley Nº 30/1992), sostiene que el principio de proporcionalidad en materia sancionadora significa una adecuación entre la gravedad de la infracción, sus efectos, y la sanción impuesta. Por eso, la Administración debe tener en cuenta los criterios de graduación contemplados por el legislador. En caso que estos no sean ponderados o tenidos en cuenta, procederá la reducción judicial de la sanción<sup>453</sup>. En el mismo sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que el principio de proporcionalidad *“hoy lo declara el artículo 131.3 LPC, con criterios concretos de graduación (intencionalidad o reiteración, perjuicios causados, reincidencia por infracción de la misma naturaleza en el plazo de un año) de la gravedad del hecho constitutivo de la infracción con la que la sanción deberá guardar la debida adecuación”*<sup>454</sup>. En el mismo sentido, Richard Macrory ha sostenido que, para la imposición de una multa apropiada y proporcionada, el regulador debe aplicar elementos relevantes para agravar o atenuar la sanción según las circunstancias específicas de la infracción<sup>455</sup>.

Finalmente, nuestra jurisprudencia también ha reconocido esta característica. En efecto, el Tribunal Constitucional estableció que los criterios, al ser una aplicación del principio de proporcionalidad, actúan como un límite a la discrecionalidad<sup>456</sup>. En este sentido, el Tribunal ha dispuesto:

*“[q]ue lo dicho permite apreciar que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena*

---

<sup>453</sup> (Parejo Alfonso, 2016, pág. 872)

<sup>454</sup> (García de Enterría & Ramón Fernández, 2012, pág. 187)

<sup>455</sup> Así, este autor arguye que:

*“[...] a variable penalty can, where appropriate and proportionate, be a more significant amount initially determined at the discretion of the regulator in accordance with a published scheme, relevant mitigating or aggravating factors, the specific circumstances of the offence and the means of the non-compliant business must be taken into consideration by the regulator when determining the amount of the penalty in any particular case”.*

<sup>456</sup> En este sentido: STC Rol Nº 2.658-2014, considerando 8º.

*individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, su condición o no de reincidente, etc.*

*Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular”.*

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha sostenido que estos criterios son una manifestación del principio de proporcionalidad. En concreto, la Corte dispuso:

*“Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de las sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho Administrativo Sancionador”<sup>457</sup>”*

En tercer lugar, los criterios de graduación son conceptos jurídicos indeterminados. Así, dada la ausencia de mayor regulación en torno a su comprensión y la ausencia de normas que indiquen la metodología que se deberá utilizar para su aplicación, se entrega un mayor margen de discrecionalidad a la Administración. Como explica Rosa Gómez, la consecuencia de esto es que *“una misma circunstancia (v.gr. el daño causado), según los elementos que concurran en un supuesto dado, pueda tener una u otra virtualidad”<sup>458</sup>*. Siguiendo el ejemplo, la Ley N° 20.417 estableció que, para determinar las sanciones ambientales, se debe considerar la importancia del daño causado o del peligro ocasionado. Dicha legislación no aclara si el daño que cabe analizar es aquel tipificado en la infracción o puede ser cualquier daño relevante que se haya producido a partir de la infracción sancionada. Al respecto, Jorge Bermúdez plantea que debemos plantearnos si podemos analizar cualquier daño que se produzca en virtud de la infracción a sancionar o sólo aquel que se refiere a los bienes jurídicos protegidos por la norma que establece la sanción<sup>459</sup>. Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que se responde por

---

<sup>457</sup> Así se sostuvo en las siguientes sentencias: SCS Rol N° 17736 – 2016, considerando 14°; SCS Rol N° 41.815-2016, considerando 58°.

<sup>458</sup> (Gómez González, 2018, pág. 344)

<sup>459</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 617)



todos los daños, y no sólo por los daños ambientales<sup>460</sup>. De este modo, serán las circunstancias y las diversas interpretaciones las que irán determinando el contenido específico del criterio de graduación, el cual puede variar en el tiempo. Los criterios de graduación no son contenidos fijos e invariables.

En cuarto lugar, los criterios son vinculantes ya que la Administración no puede evitar ponderarlos para cuantificar el valor final de la multa en el caso concreto<sup>461</sup>. En otras palabras, son obligatorios para la Administración<sup>462</sup>. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, disponiendo:

*“[...] siendo que dicho órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a los principios de juridicidad y de proporcionalidad, no le es dado prescindir de aquellas circunstancias que la propia ley obliga imperativamente a considerar al momento de determinar las correspondientes multas, cuales son –entre otras- ‘el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción’, la ‘reincidencia’ o ‘reiteración’ y la ‘gravedad de la conducta’”<sup>463</sup>.*

En quinto lugar, los criterios no son elementos del tipo. Esta característica es relevante en cuanto no es necesario que el criterio de graduación se encuentre tipificado en la infracción para poder ser analizado de forma posterior a la hora de determinar la sanción específica. En ese sentido es importante resaltar el momento en el cual estos son analizados pues, estos reciben aplicación en la fase final de determinación de la sanción administrativa, y no al momento clasificar la infracción conforme a su gravedad<sup>464</sup>.

---

<sup>460</sup> En este sentido: SCS Rol N° 68722-2016, considerando 11°.

<sup>461</sup> Rosa Gómez destaca que no deben ser considerados y, además, debe fundamentarse su aplicación. Para esta autora “en los casos en los cuales existan parámetros predefinidos por la norma para la determinación de sanciones, de igual forma se puede infringir el orden jurídico, ya sea omitiéndolos o haciendo una referencia genérica a ellos en la resolución sancionadora, sin un análisis concreto de cada uno de ellos”. (Gómez, 2018, pág. 329). En la misma línea se pronuncia (Enteiche Rosales, 2017, pág. 96)

<sup>462</sup> En ese sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en las sentencias Rol N° 2.264-2012, considerando 19° y 2.648-2014, considernado 13°.

<sup>463</sup> Así lo sostuvo STC Rol N° 2.658-2014, considerando 11°.

<sup>464</sup> (Nieto García, 2017, pág. 515)

En sexto lugar, se discute la naturaleza de atenuantes o agravantes de los criterios de graduación. La doctrina mayoritaria considera que estos criterios permiten agravar y atenuar la sanción específica que se determinará. En el Derecho Comparado, Alejandro Nieto sostiene que *“estos criterios son ambivalentes en el sentido de que pueden servir tanto para agravar como para atenuar la sanción”*<sup>465</sup>. Del mismo modo, Ignacio Duréndez sostiene que, en el caso de que al imponerse la sanción existan *“circunstancias agravantes y atenuantes[,] ambas deberán ser valoradas conjuntamente”*<sup>466</sup>. En nuestro derecho, Cristóbal Osorio se pronuncia en el mismo sentido, ya que para este autor *“la ausencia de [los criterios] hace procedente la rebaja de una sanción y su presencia, la procedencia de una sanción más grave”*<sup>467</sup>. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema también ha reconocido que estos criterios tienen la naturaleza de atenuantes y agravantes. En este sentido, la Corte ha dispuesto:

*“Cuarto: Que, en los términos ya referidos, la sanción a establecer por la infracción consistente en el incumplimiento de las condiciones establecidas en los acápite 5.2.1 y 5.2.2 de la RCA tantas veces mencionada fue ponderada para su aplicación considerando las siguientes agravantes: incumplimiento de las condiciones 5.2.1 y 5.2.2 de la RCA 173/2010, intencionalidad, posible afectación de la salud de las personas, beneficio económico, conducta anterior del infractor.*

*En cuanto a las atenuantes consideró la conducta anterior del infractor, la que compensó con la agravante de su conducta anterior.*<sup>468</sup>”

La doctrina minoritaria sostiene que estos criterios no sirven para atenuar o agravar la sanción específica. Así lo sostuvo el Segundo Tribunal Ambiental en el caso Pascua Lama<sup>469</sup>. Este Tribunal señaló que, dentro del sistema sancionatorio establecido en la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar la sanción.

Finalmente, los criterios al ser sopesados para graduar la sanción específica, no pueden infringir el principio non bis in ídem. Al respecto, Alejandro Nieto reconoce que estos criterios

---

<sup>465</sup> (Nieto García, 2017, pág. 515)

<sup>466</sup> (Duréndez Sáez, 2009, pág. 163)

<sup>467</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 846)

<sup>468</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 25.931-2014 en sentencia de reemplazo, considerando 4°.

<sup>469</sup> 2TA Rol N° R-6-2013, confirmado por la SCS Rol N° 41.815-2016.

podrían tener un efecto reduplicativo<sup>470</sup>. Por su parte, en nuestro derecho, se ha sostenido que los elementos que son parte del tipo, no pueden volver a ser considerados como criterios de graduación. En este sentido, Jorge Bermúdez, refiriéndose al criterio referente al daño, sostiene que *“si se estimase que vulnera el non bis in ídem la consideración del daño ambiental como criterio de graduación, la única interpretación posible válida será que la regla del daño del artículo 40 letra a) LOSMA se refiere a los daños en general, excluido el daño ambiental, el cual fue considerado como elemento del tipo infraccional”*<sup>471</sup>. Para este autor el daño como criterio de graduación debería ser un daño distinto al daño considerado al momento de determinar la infracción. En el mismo sentido, Rosa Gómez, sostiene que los elementos que formen parte del tipo infraccional no podrán ser tenidos en cuenta, aun cuando la ley los contemple expresamente entre los criterios a tener presentes para tal fin<sup>472</sup>.

#### **(e) Clasificación de los criterios de graduación**

Los criterios de graduación pueden clasificarse de diversas formas.

En primer lugar, los criterios se distinguen entre aquellos que son cualitativos y aquellos que son cuantitativos. Por un lado, los criterios cualitativos analizan los contextos estructurales y situacionales de la infracción misma. En esta clasificación se encuentra la importancia del daño causado o peligro ocasionado y la intencionalidad en la comisión de la infracción. Por el otro lado, los criterios cuantitativos analizan las variables cuantificables y determinables de forma exacta. En esta clasificación se encuentra el beneficio económico, la capacidad económica, la cantidad de personas afectadas, entre otros.

En efecto, esta clasificación fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En concreto, la Corte sostuvo:

---

<sup>470</sup> (Nieto García, 2017, pág. 515)

<sup>471</sup> (Bermúdez, 2014, págs 617-618)

<sup>472</sup> (Gómez González, 2018, pág. 336) Esta autora recuerda el artículo 63° del Código Penal, el cual sostiene que no se consideran las circunstancias agravantes que son partes inherentes al delito. En concreto, esta norma dispone: *“Artículo 63°, inciso 2°.- Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”*.

*“[...] la ley contiene un listado de circunstancias a considerar, las cuales pueden clasificarse en cualitativas y cuantitativas. Así, por ejemplo, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción o el porcentaje de usuarios afectados por la misma son circunstancias cuantitativas, esto es, aquellas cuya ponderación daría pie para asentar la regulación del monto en cálculos específicos, de manera de impedir que exista una mayor conveniencia en el pago de la multa que el cumplimiento de la normativa eléctrica. Por otra parte, la concurrencia de las circunstancias cualitativas requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, por cuanto no es posible un cálculo exacto y ex ante de su incidencia.”<sup>473</sup>”*

En segundo lugar, los criterios se clasifican en aquellos que son hechos constitutivos de la infracción y en aquellos que miran las características del infractor. Los primeros se refieren a circunstancias de la infracción. Dentro de este grupo está la dimensión del daño producido, la cantidad o porcentaje de gente afectada o porcentaje de afectación al mercado específico protegido y la gravedad de la infracción. Los segundos analizan las características del infractor en abstracto y en la infracción. En este grupo se encuentra el beneficio económico obtenido por el infractor, la intencionalidad de este en la comisión de la infracción y el grado de participación en ella, la capacidad económica del infractor para enfrentar la sanción y, por último, la conducta anterior de este.

Finalmente, los criterios se clasifican en aquellos que son genéricos y en aquellos que son específicos para un sector regulado. Los primeros son aquellos que se encuentran transversalmente en todos los sectores regulados. Por ejemplo, el número de personas afectadas o el daño causado. Los segundos son aquellos criterios que atienden a las particularidades del sector regulado. Por ejemplo, criterios como el caudal de agua afectado; si son aguas superficiales o subterráneas; si se produce o no la afectación de derechos de terceros<sup>474</sup>; cumplimiento de un programa de cumplimiento de la normativa ambiental; o si hay detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado<sup>475</sup>, entre otros.

#### **(f) Cómo se aplican los criterios de graduación**

---

<sup>473</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 68723-2016, considerando 15°.

<sup>474</sup> Artículo 173 ter inciso final del Código de Aguas

<sup>475</sup> Artículo 40 letras g) y h) de la Ley ° 20.417.

Aún más, teniendo presente cuáles son los criterios existentes en nuestro ordenamiento, qué son, qué los distingue y cómo se clasifican, hemos de abarcar cómo operan.

En primer lugar, los criterios de graduación son una guía. Por un lado, funcionan como una guía para la Administración en el momento en que esta ha de establecer una sanción. Por el otro, guían el control judicial, pues los jueces deben analizar si la sanción impuesta por la Administración está dentro de los rangos legales, si se han ponderado los criterios y si es que se han ponderado de forma correcta<sup>476</sup>.

En segundo lugar, estos se deben analizar en toda la graduación de las infracciones, es decir, tanto en infracciones leves, en infracciones graves y en infracciones gravísimas<sup>477</sup>. Lo anterior se debe a que, dado que estos son una manifestación del principio de proporcionalidad, este debe ser aplicado en toda sanción para que exista una adecuación entre la infracción y el reproche. En ese sentido se ha manifestado la Corte Suprema arguyendo que estos criterios se han de aplicar en toda la escala de infracciones y no sólo en las más graves<sup>478</sup>. En efecto, la Corte sostuvo que el legislador jamás estableció una limitación para la aplicación de los criterios de graduación respecto a los diversos tipos infraccionales. Estos criterios se aplican respecto de todos los tipos infraccionales.

Finalmente, los criterios se analizan por sí solos. En ese sentido, estos no son copulativos pues depende del caso cuáles deberán ser sopesados y cuáles se descartarán de dicho proceso. Los Órganos Administrativos Sancionadores los ponderan y los aplican para que posteriormente el juez controle dicho proceso.

#### **(g) La importancia de los criterios de graduación: el Caso Cascada**

---

<sup>476</sup> (Gómez González, 2018, pág. 331)

<sup>477</sup> En ese sentido se pronuncia Rosa Gómez al establecer que: “*En general, estas circunstancias se desarrollan dentro de los márgenes que se establezcan para cada uno de los grados de gravedad de las infracciones*”. (Gómez, 2018, pág 331)

<sup>478</sup> En este sentido: SCS Rol N° 39478-2016.

### **(i) Los hechos**

Las Sociedades Cascada fueron sancionadas por la SVS, por diversos hechos tuvieron lugar entre los años 2008 y 2011. Durante este periodo de tiempo, las Sociedades Cascada realizaron una serie de operaciones sociales, tanto de inversión como de financiamiento, que tuvieron por objeto dejar disponibles importantes paquetes de acciones para su remate en el mercado, para luego, recomprar esos títulos a precios mayores a los de su venta inicial. Las Sociedades Cascada vendían estos títulos a sociedades identificadas como “Relacionadas”, “Vinculadas” e “Instrumentales”, para luego recomprar a estas mismas sociedades paquetes de acciones, de igual o mayor número, siempre a un mayor precio. Estos hechos se desarrollaron tanto en el ámbito social de las Sociedades Cascada, como en el ámbito bursátil.

La SVS pudo constatar la existencia de una secuencia de operaciones de compra y venta de acciones, con patrones comunes y reiterados en el tiempo y con el concurso de los mismos participantes, estableciéndose de esta forma la existencia de un esquema coordinado de operaciones. Estos hechos, fueron calificados como infracciones a la Ley de Mercado de Valores y a la Ley de Sociedades Anónimas.

La SVS sostuvo que existió un esquema estructurado de operaciones de inversión y financiamiento que llevó a que las Sociedades Cascada proveyeran acciones de Oro Blanco, Calichera-A y SQM-B, a las diferentes sociedades. Todo ello, a precios bajo los de referencia de mercado y en condiciones bursátiles que impusieron barreras de acceso a un número mayor de inversionistas. Estas sociedades vendieron dichas acciones a precios mayores a los que las habían comprado, siendo las contrapartes de estas operaciones, mayoritariamente, las propias Sociedades Cascada.

Como consecuencia de esto, por medio de la Resolución N° 223, de 2 de septiembre de 2014, la SVS dictó diversas sanciones. En total, estas sanciones ascienden a UF 4.010.000 las cuales se individualizan estas sanciones en el siguiente cuadro:

<b>Infractor</b>	<b>Normas infringidas</b>	<b>Sanción</b>
------------------	---------------------------	----------------

Julio Ponce Lerou	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al numeral 1 del artículo 42 de la Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al numeral 7 del artículo 42 de la Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al Título XVI de la Ley 18.046.</li> <li>• Infracción al inciso segundo del artículo 53 de la Ley N° 18.045</li> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> </ul>	1.700.000 UF
Aldo Motta Camp	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al numeral 1 del artículo 42 de la Ley Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al numeral 7 del artículo 42 de la Ley Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al Título XVI de la Ley de Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al inciso segundo del artículo 53 de la Ley Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> </ul>	600.000 UF
Roberto Guzman Lyon	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción al artículo 52, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> </ul>	550.000 UF
Leonidas Vial Echeverría	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> </ul>	500.000 UF
Larraín Vial S.A.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 2° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción a los artículos 66° del Reglamento de la Bolsa de Comercio de Santiago y 64° del Reglamento de la Bolsa Electrónica de Chile.</li> </ul>	200.000 UF
Manuel Bulnes Mazard	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 2° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción a los artículos 66° del Reglamento de la Bolsa de Comercio de Santiago y 64° del Reglamento de la Bolsa Electrónica de Chile.</li> </ul>	200.000 UF

Alberto Le Blanch Matthaei	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 2° de la Ley N° 18.045.</li> </ul>	100.000 UF
Felipe Errázuriz Amenabar	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 1° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción al artículo 53, inciso 2° de la Ley N° 18.045.</li> <li>• Infracción a los artículos 66° del Reglamento de la Bolsa de Comercio de Santiago y 64° del Reglamento de la Bolsa Electrónica de Chile.</li> </ul>	100.000 UF
Patricio Contesse Fica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción al numeral 1 del artículo 42 de la Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al numeral 7 del artículo 42 de la Ley N° 18.046.</li> <li>• Infracción al Título XVI de la Ley 18.046.</li> </ul>	60.000 UF

En contra de la Resolución N° 223, los infractores interpusieron diversas reclamaciones. Durante la tramitación de estas reclamaciones, los infractores presentaron diversos requerimientos de inaplicabilidad, alegando que el artículo 29° del DL N° 3538/1980, afectaba los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que no entregaba parámetros que dieran certeza y permitieran predeterminar el *quántum* sancionatorio.

## (ii) Las sentencias del Tribunal Constitucional

A raíz de estos requerimientos de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional dictó diversas sentencias.

La primera de ellas (29.09.2016), fue la que resolvió el requerimiento de Roberto Guzmán Lyon<sup>479</sup>. Enseguida, se dictó la sentencia que resolvía el requerimiento de Manuel Bulnes y Felipe Errázuriz (14.11.2017)<sup>480</sup>. A continuación, se dictaron las sentencias que resolvían los requerimientos de Alberto Le Blanc (07.05.2018)<sup>481</sup>, Leónidas Vial (07.05.2018)<sup>482</sup> y Larráin

<sup>479</sup> STC Rol N° 2922-2015.

<sup>480</sup> STC Rol N° 3014-2016

<sup>481</sup> STC Rol N° 3542-2017.

<sup>482</sup> STC Rol N° 3684-2017



Vial S.A. (07.05.2018)<sup>483</sup>. Finalmente, se dictó la sentencia que resolvía el requerimiento de Julio Ponce Lerou (24.05.2018)<sup>484</sup>.

Todas estas fueron acogidas, por siete votos a tres<sup>485</sup>, con excepción de la sentencia que resolvió el requerimiento de Julio Ponce Lerou que fue acogida por seis votos a cuatro<sup>486</sup>.

#### **a. El voto de mayoría**

El voto de mayoría centra su análisis en el principio de predeterminación normativa. Este principio permite anticipar con certeza el tipo y grado de la sanción determinada. Para la mayoría del Tribunal, el principio de proporcionalidad exige la posibilidad de pronosticar la sanción que se impondrá, por lo cual debe haber cierta predictibilidad entre el incumplimiento y la sanción que se impondrá. En palabras del Tribunal:

*“Trigésimosegundo: Que, asimismo, el cumplimiento del mandato de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado exige la vigencia de normas que establezcan una relación fundada, estable y predecible entre deberes de acción u omisión impuestos a sujetos de derecho y las consecuencias o efectos negativos derivados de su infracción. Las normas, preexistentes al incumplimiento, han de establecer una relación fundada entre el deber y la sanción en el sentido de configurar un vínculo racional entre ambos, de acuerdo con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. Las sanciones aplicables en ejercicio de la potestad punitiva del Estado deben considerar la incidencia de la contravención en la consecución de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. La racionalidad así entendida, manifestada como proporcionalidad, constituye un medio de control de la discrecionalidad legislativa o, en su caso, administrativa”.*

---

<sup>483</sup> STC Rol N° 3575-2017

<sup>484</sup> STC Rol N° 3236-2016

<sup>485</sup> Por los votos de mayoría firmaron los ministros Aróstica, Peña, Brahm, Romero, Letelier, Pozo y Vásquez. Por los votos de minoría, firmaron los ministros Carmona, García y Hernández.

<sup>486</sup> En esta sentencia, a diferencia de las otras sentencias, el voto de mayoría fue suscrito por los ministros Aróstica, Peña, Brahm, Romero, Letelier, Vásquez, mientras que el voto de minoría fue suscrito por los ministros Carmona, García, Hernández y Pozo. El ministro Pozo justificó su cambio de decisión respecto de la votación en los otros requerimientos, sosteniendo que en este caso, los principios de proporcionalidad, legalidad, igualdad ante la ley y debido proceso, a la luz de las utilidades y beneficios obtenidos por el requirente, “*impide una aplicación de los referidos derechos, atendida la esencia de estos de no ser absolutos ni ilimitados*” (Considerando 29°).

Para estos ministros, la ausencia de elementos de certeza y predeterminación afecta el principio de proporcionalidad, por cual sostienen que deben existir directrices objetivas y obligatorias que se deben analizar para ponderar la sanción<sup>487</sup>. Para el Tribunal, la forma de asegurar predictibilidad, predeterminación y proporcionalidad, es mediante la existencia de criterios objetivos establecidos por el legislador. En caso que estos criterios no estén presentes, se afecta el principio de proporcionalidad. En concreto, el Tribunal dispuso:

*“Vigesimoséptimo: Que, como lo ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, el principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrecido en los considerandos precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia.”<sup>488</sup>*

En suma, el legislador debió entregar criterios de graduación para que la Administración pudiera determinar la sanción aplicable. Para el Tribunal, la inconstitucionalidad no está en la cuantía de la multa impuesta, sino que en la ausencia de criterios de graduación en el artículo 29° del DL N° 3538, que priva al infractor de dos cosas. De un lado, la ausencia de criterios de graduación lo priva de la posibilidad de predecir la sanción que se le impondrá por una sanción determinada. Del otro, lo priva de la fundamentación que justifica la aplicación del monto específico de la multa.

#### **b. El voto de minoría**

---

<sup>487</sup> El Tribunal Constitucional ya había reconocido la importancia de que el legislador estableciera criterios de graduación. Así lo había establecido respecto a las multas en materia de libre competencia (STC Rol N° 2658-2014).

<sup>488</sup> STC Rol N° 2922-2015, considerando 27°. En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal en las STC Roles: 3014-2016, considerando 10°; 3236-2016, considerando 10°; 3542-2017, considerando 10°; 3575-2017, considerando 10°; 3684-2017, considerando 10°.

Consiguientemente, el voto de minoría presentó diversos argumentos para rechazar estos requerimientos.

Por una parte, sostuvo que correspondía al legislador determinar el marco regulatorio y, por su parte, el juez o a la Administración, debían determinar la sanción que corresponde aplicar. Así, se debía presumir la validez de la decisión que adoptaran estos entes. En efecto, este voto sostuvo:

*“22°.- Que, asimismo, la determinación del marco punitivo es resorte del legislador y la determinación individual de la pena le compete al juez o a la autoridad administrativa sancionadora. Cualquier decisión que éste adopte dentro del marco punitivo y siguiendo las reglas legales es, potencialmente y a primera vista, admisible. Lo anterior, porque la sanción de una conducta estimada ilícita por todos debe juzgarse en consonancia con la misma, y para ello el legislador le entregó un abanico punitivo que debe vincularse con los bienes jurídicos que cautela la norma<sup>489</sup>”*

Dicho esto, para estos ministros, el Tribunal Constitucional no puede inmiscuirse en el sistema de proporcionalidad que haya establecido el legislador para determinar las sanciones. De este modo, sostuvieron:

*“65.- Que tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y la doctrina, y como ha citado el requirente en sus escritos ante el juez de instancia (fs. 482), corresponde al legislador aplicar el principio de proporcionalidad al establecer el marco de sanciones y los criterios para su graduación, y también debe aplicarlo el órgano administrativo que sanciona, para precisar la medida concreta y proporcionada dentro del marco legal. Un tercer nivel lo constituye el examen del juez constitucional, que al menos tratándose de la acción de inaplicabilidad, no puede reemplazar el juicio de proporcionalidad del legislador, pues no tiene competencia para innovar en las sanciones, ni el juicio de la administración, porque no es instancia de reclamación y porque no puede ponderar los hechos que dan lugar a la infracción.”<sup>490</sup>*

---

<sup>489</sup> STC Rol N° 2922-2015, considerando 22°. En el mismo sentido, se pronunciaron los votos de minoría STC Roles: 3014-2016, considerando 10°; 3236-2016, considerando 18°; 3542-2017, considerando 18°; 3575-2017, considerando 18°; 3684-2017, considerando 18°.

<sup>490</sup> STC Rol N° 2922-2015, considerando 64°. En el mismo sentido, se pronunciaron los votos de minoría STC Roles: 3014-2016, considerando 76°; 3236-2016, considerando 75°; 3542-2017, considerando 75°; 3575-2017, considerando 75°; 3684-2017, considerando 75°.

Respecto a la falta de predeterminación normativa, estos ministros sostuvieron que la sanción establecida era previsible para el infractor. Al respecto, estos ministros argumentaron:

*“45°.- .Que en algunos pasajes del requerimiento y del informe (fs. 745) alegan que el administrado no puede conocer a priori la gravedad de la sanción, pues esta depende enteramente de la discrecionalidad de la Administración, lo que vulneraría el principio de tipicidad e irretroactividad de la ley. Esta afirmación es falsa. En primer lugar, porque el precepto impugnado, y su complemento, establecen criterios de rango legal que hacen determinable la sanción. En segundo lugar, algunos de esos criterios son la gravedad y las consecuencias del hecho, los cuales se conocerán sólo después de cometida la infracción. En tercer lugar, el ámbito en que se cometen tales infracciones no corresponde a la libertad general de los particulares, sino que a un mercado regulado, con deberes legales específicos y prohibiciones establecidas en la ley, contenidas en los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045. De este modo, para el administrado es previsible que será sancionado al infringir tales prohibiciones, y la entidad de la multa puede ir desde un mínimo de censura, hasta un máximo de revocación del nombramiento. Por lo mismo, no cabe la objeción que parte de la doctrina realiza que la pena debe ser determinada y no determinable ((Alcalde Rodríguez, Enrique (2013), La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Ediciones UC, Santiago, p. 340), ya que el mandato constitucional es que exista previsibilidad de la conducta y la sanción,”<sup>491</sup>*

En conclusión, para estos ministros no es posible exigir criterios de graduación cuando el legislador no lo ha hecho, ya que debe haber un trato deferente hacia el legislador y sus determinaciones. Además, el Tribunal Constitucional debe respetar las sanciones adoptadas por el Órgano Administrativo Sancionador o el juez, ya que se debe presumir la validez de las sanciones impuestas por quienes se encuentran facultados para imponerlas. Finalmente, sostuvo que la falta de predeterminación no era tal. En primer lugar, porque la norma establecía criterios de graduación. En segundo lugar, porque la aplicación de algunos de los criterios aplicables, no era posible de saber de forma previa a la infracción. Finalmente, porque el mercado de valores es un sector regulado, de modo que cualquiera que cometa una infracción sabe de antemano que será fiscalizado y sancionado.

### **(iii) Las reacciones de la doctrina**

---

<sup>491</sup> STC Rol N° 2922-2015, considerando 45°.

La doctrina tuvo diversas reacciones al momento de comentar estas sentencias, haciendo referencia a diversos elementos presentes en estos fallos. A su respecto, nos concentraremos en las reacciones de la doctrina sobre la importancia de los criterios de graduación. En efecto, la doctrina no tuvo una reacción pacífica a estas sentencias.

Por un lado, están aquellos autores que respaldaron la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional y consideraron razonable la exigencia de criterios de graduación para determinar una sanción específica. En este sentido, los autores Víctor Manuel Avilés y José Francisco García, sostuvieron la necesidad de que existan elementos que limiten la discrecionalidad administrativa ya que sería inconstitucional establecer sanciones que sólo contemplen un rango mínimo y máximo. De este modo, estos autores argumentaron:

*“[l]a técnica legislativa de establecer penas indeterminadas en su cuántum específico en la ley -salvo por los rangos máximos y mínimos con un amplio espacio entre ellos- resulta contraria a la Constitución dado que no respeta la reserva de ley que debe existir en materia de sanciones. En este ámbito, la Constitución disminuye al máximo el espacio de la discrecionalidad -no decimos arbitrariedad- de la administración. Pero además de ello, esta técnica puede conspirar contra la vigencia de la norma y contra el efecto disuasivo de prevención general que se espera cumpla, pues de antemano no se conoce la reacción legal ante la falta y queda espacio para la del arbitraje administrativo, con lo que ello puede implicar”.*<sup>492</sup>

Para estos autores, existe un espacio de discrecionalidad muy amplio en el precepto en cuestión. Por ende, es necesario que existan criterios de graduación previamente establecidos por el legislador, que permitan determinar anticipadamente cuáles serán las consecuencias ante la comisión de una infracción.

En el mismo sentido, el autor Enrique Navarro respaldó la necesidad de que existan criterios objetivos fijados previamente por el legislador para determinar la sanción administrativa. En efecto, este autor dispuso que “[...] siempre la imposición de toda sanción

---

<sup>492</sup> (Avilés & García, 2016, pág. 27)

*administrativa debe obedecer a razones objetivas previamente fijadas por el legislador y que se enmarquen adecuadamente dentro de un debido proceso”<sup>493</sup>.*

En suma, estos autores respaldan la decisión del Tribunal Constitucional ya que consideran necesario que existan elementos que permitan determinar o predecir la sanción administrativa. En ese sentido, reconocen que debe existir espacio para la discrecionalidad administrativa, pero a la vez exigen que este espacio sea limitado por criterios de graduación previamente establecidos por el legislador.

Por otro lado, están aquellos autores que han presentado una postura crítica respecto de estas sentencias.

En primer lugar, el autor Raúl Letelier escribió una columna que realizaba una fuerte crítica. Para este autor, el Tribunal Constitucional incurrió en un error cuando intenta aplicar las garantías penales a las sanciones administrativas, ya que la sanción administrativa es una técnica más al servicio de la Administración para poder hacer cumplir las regulaciones. Por eso, este autor sostuvo que es un profundo error pensar la multa en términos retributivos, como si a una infracción le correspondiese necesariamente una determinada sanción. Por el contrario, como la sanción administrativa tiene una finalidad distinta a la de una pena, es beneficioso que esta presente algunos grados de incerteza, ya que eso puede aportar a la disuasión del infractor. En palabras de este autor:

*“Una multa óptima es una que es capaz de generar en los intervinientes el suficiente desincentivo para no realizar ese cálculo. Evitar la discrecionalidad administrativa de una cohorte sancionatoria tiene sentido en el ámbito penal, pero no lo tiene en el ámbito administrativo. La certeza de la relación infracción/sanción es un bien jurídico a tutelar en el ámbito del derecho penal. La incerteza de esa relación (o la certeza solo limitada a una amplia cohorte) puede ser tremendamente útil como técnica disuasoria en el ámbito administrativo evitando así que los intervinientes simplemente internalicen el costo de la antijuridicidad”<sup>494</sup>.*

---

<sup>493</sup> (Navarro Beltrán, 2018, pág. 321)

<sup>494</sup> Comentario en línea <<https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/02/un-paso-adelante-de-la-corte-suprema-dos-pasos-atras-del-tribunal-constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx#>>

En segundo lugar, el autor Pablo Soto estableció que el artículo impugnado basta para predecir la sanción. Este autor no cuestiona la necesidad de que existan criterios de graduación previamente establecido por el legislador para determinar la sanción administrativa. Su crítica, más bien, va por sostener que la norma en cuestión entrega todos los elementos necesarios para poder predecir la sanción administrativa que aplica la Administración. Para este autor, el artículo 29° del DL N° 3538 entregaba elementos para predecir la sanción administrativa por las siguientes razones:

*“En primer lugar, porque, según se ha visto en este texto, en abstracto, la sanción administrativa es un instrumento idóneo para incentivar el cumplimiento de la regulación, aunque, en este caso concreto, en razón de su bajo monto, la multa — incluso elevada hasta en un 30% sobre el tope del artículo 28 del DL N° 3.538— queda al debe con el Estado, siendo defectuosa, beneficiando en exceso al infractor. En segundo lugar, la sanción se encuentra fijada en un precepto con rango de ley (el DL No 3.538), lo que asegura la fijeza regulatoria en los términos que el propio TC exige. Finalmente, en lo que se refiere al requisito de predecibilidad, como se explicó, cuando el artículo 29 del DL No 3.538 no se lee aisladamente, sino considerando las reglas de determinación de la sanción del artículo 28 del mismo cuerpo legal, es posible afirmar que sí existe información acerca de la jerarquización de las consecuencias que acarrea el incumplimiento. No hay que ser un teórico del Derecho para entender que las disposiciones se complementan unas con otras.*

*Junto a lo anterior, la ley también ofrece información desde antes de que se cometa la infracción, sobre los distintos montos a los que se arriesga pagar el sujeto imperado por no observar los deberes regulatorios. En efecto, las sanciones van hasta UF 15.000 (sin indicar un mínimo, que hipotéticamente puede ser 1 UF), multiplicable hasta en 5 veces si hay reiteración (artículo 28), o hasta un 30% del valor de la operación irregular (artículo 29). Toda esta información jerarquizada no es sorpresiva —está en la ley—, debiendo, además, considerarse que el obligado es un regulado sofisticado que conoce las reglas dentro de las cuales se desenvuelve ordinariamente su actividad económica”<sup>495</sup>.*

---

<sup>495</sup> (Soto Delgado, 2017, pág. 330)

En la misma línea, la autora Rosa Gómez, argumentó que la norma impugnada cuenta con criterios reglados que le permiten a la Administración ponderar las diversas circunstancias específicas<sup>496</sup>. Ante ello, estableció que cuestión distinta es que los criterios existentes no sean suficientes, ante lo cual debemos preguntarnos cuál es el estándar constitucional para cumplir el test de proporcionalidad<sup>497</sup>. A diferencia de los otros autores, para Rosa Gómez no es un requisito esencial que el legislador haya establecido criterios de graduación para determinar la sanción específica. En efecto, argumentó que:

*“[c]iertamente la entrega por parte del legislador de criterios, estándares, factores, marcos, límites, parámetros, directrices, barómetros o cualquiera sea la denominación que se les otorgue, constituye una significativa guía orientativa para la determinación de sanciones y su cuántum, pero ello no importa que sean exclusivas y excluyentes de otros parámetros o consideraciones que pueda tener a la vista la autoridad ni que su ausencia irroque una inconstitucionalidad per se”<sup>498</sup>.*

Esta autora defiende la existencia de un amplio margen de discrecionalidad administrativa pues sostiene que *“es precisamente la discrecionalidad la que permite al órgano administrativo ejercer razonable y proporcionalmente sus atribuciones represivas”<sup>499</sup>.*

En suma, el Caso Cascada permite concluir que, para el Tribunal Constitucional, la ausencia de criterios de graduación para determinar una sanción específica da lugar a la inconstitucionalidad de dicho precepto. Los criterios de graduación permiten predecir la sanción que se impondrá ante una determinada infracción, junto con garantizar una debida fundamentación a la hora de determinar la sanción específica. Esta exigencia parece ser compartida por la doctrina, ya que sólo una autora rechazó esta tesis, mientras que los otros autores compartieron expresamente los argumentos del Tribunal, o los que lo criticaron, lo hicieron por razones diversas a la exigencia de criterios de graduación.

---

<sup>496</sup> (Gomez González, Necesidad - esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 538)

<sup>497</sup> (Gomez González, Necesidad - esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 537)

<sup>498</sup> (Gomez González, Necesidad - esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 536)

<sup>499</sup> (Gomez González, Necesidad - esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa., 2018, pág. 536)



## **B) ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.**

Habiendo desarrollado un análisis general de los criterios de graduación, corresponde realizar un análisis de los criterios en particular. Al respecto, nos referiremos a aquellos criterios más transversales a las diversas regulaciones sectoriales, que conforme a la clasificación previamente expuesta son considerados criterios genéricos. El análisis de estos criterios se hará a la luz de su regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia.

### **(a) Importancia del daño causado, del peligro ocasionado o gravedad de la infracción.**

Este criterio hace referencia a dos situaciones distintas. De un lado, la importancia del daño causado. Del otro, la importancia del peligro ocasionado. Así lo ha entendido el legislador, la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho Comparado, según veremos.

#### **(i) Regulación normativa del criterio**

El legislador no ha sido uniforme en el tratamiento de la regulación normativa del presente criterio. Lo anterior se vislumbra por dos razones. En efecto, este criterio se encuentra regulado de dos formas. De un lado, como la ‘importancia del daño causado o del peligro ocasionado’. Por el otro, como ‘gravedad de la infracción’. Así se puede analizar en el siguiente cuadro:

	<b>Norma</b>	<b>Texto normativo</b>
La importancia del daño causado o del peligro ocasionado	Artículo 40, letra a), Ley N° 20.417	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado”,
	Artículo 16 letra a), Ley N° 18.410	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado”.
	Artículo 38 n° 3, DL N° 3538	“Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación

		<p>resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias:</p> <p>3. El daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado financiero, a la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción”.</p>
	Artículo 108 letra a)	<p>“Artículo 108.- Las infracciones a la presente ley, a sus reglamentos o a las medidas de administración pesquera de la presente ley, adoptadas por la autoridad, serán sancionadas con todas o algunas de las siguientes medidas:</p> <p>a) Multas, que el juez aplicará dentro de los márgenes dispuestos por esta ley, teniendo en especial consideración el daño producido a los hidrobiológicos y al medio ambiente.”</p>
La gravedad de la infracción	Artículo 339º inciso final, Ley Nº 20.720	<p>“Artículo 339.- [...] La multa específica se determinará apreciando fundadamente la gravedad de la infracción [...]”;</p>
	Artículo 57º inciso 2º, Ley Nº 16.395	<p>“Artículo 57.- [...] El monto específico de la multa se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho [...]”</p>
	Artículo 11º inciso final, Ley Nº 18.902	<p>“Artículo 11.- [...] El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción.”</p>
	Artículo 173 ter, Código de Aguas	<p>Artículo 173 ter, inciso tercero.- Para la determinación del monto de la multa al interior de cada grado, se deberá tener en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: el caudal de agua afectado, si son aguas superficiales o subterráneas, si se produce o no la afectación de derechos de terceros, [...], el grado de afectación del cauce o acuífero, y la zona en que la infracción se produzca, según la disponibilidad del recurso.</p>
	Artículo 26 letra c), Ley Nº 18.755	<p>“Artículo 26.- 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.</p> <p>En casos en que la multa asignada a una contravención estableciere montos mínimo y máximo, el rango comprendido entre tales extremos se dividirá en dos partes iguales: la mitad superior y la mitad inferior, y la aplicación de la misma se regulará conforme a los siguientes criterios:</p>

		c) Si se tratare de infracciones que no implican la producción de un resultado determinado, se podrá aplicar la multa en toda su extensión, regulando su cuantía según [...] la gravedad de los daños causados; las providencias que se hubieren tomado para reducir los daños [...].”
--	--	--

Por su parte, en el Derecho Comparado también se encuentra contemplado este criterio. Así se desprende del siguiente cuadro:

País	Ley	Texto Normativo
España	Ley N° 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	<p><b>“Artículo 131.- Principio de proporcionalidad.</b></p> <p>3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:</p> <p>b) La naturaleza de los perjuicios causados”.</p>
	Ley N° 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público	<p><b>“Artículo 29.- Principio de proporcionalidad.</b></p> <p>3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:</p> <p>c) La naturaleza de los perjuicios causados”.</p>
Colombia	Ley N° 142/1994, Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios	<p><b>Artículo 81.</b> Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:</p> <p>81.2 Multas desde 1 hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta:</p> <p>1) el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público prestado.</p> <p>[...]</p>

		<p>La multa a imponer a una persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias del régimen de los servicios públicos domiciliarios será de 1 hasta 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta:</p> <p>1) El impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público prestado y/o sobre el oportuno y efectivo ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia.</p>
Unión Europea	Reglamento 2016/679 sobre protección de datos	<p><b>Artículo 83</b> Condiciones generales para la imposición de multas administrativas.</p> <p><b>2.</b> Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:</p> <p>a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;</p>
Canadá	<i>Environmental Protection Act, Ontario Regulation 222/07 Environmental Penalties.</i>	<p>Secciones 7-15 se encuentran dedicadas a la regulación del monto específico de la sanción. Dado que son secciones muy extensas, sólo se enumerarán los títulos de las secciones que se refieren a las materias de relevancia a la presente investigación:</p> <p><i>Section 7.- Amount of environmental penalty.</i></p> <p><i>Section 9.- Gravity component.</i></p> <p><i>Section 10.- Seriousness of contravention, contravention of s. 14 of the Act.</i></p> <p><i>Section 11.- Seriousness of contravention, contravention of s. 93 of the Act.</i></p> <p><i>Section 12.- Seriousness of contravention, contravention of discharge limit.</i></p> <p><i>Section 13.- Seriousness of contravention, failure of acute lethality test.</i></p> <p><i>Section 14.- Seriousness of contravention, contravention of settlement agreement.</i></p>

		<i>Section 15.- Seriousness of contravention, other contravention.</i>
--	--	--

## **(ii) Concepto del criterio**

La importancia del daño o peligro ocasionado es un criterio cualitativo y constitutivo de la infracción. Este criterio tiene diversos componentes. Por una parte, abarca los conceptos de daño y peligro. Por la otra, incorpora el concepto de importancia o gravedad de estos daños o peligros.

La Real Academia Española define el daño como el *“efecto lesivo de carácter patrimonial, físico o moral que deriva de la actuación de los poderes públicos o que se imputa a ella”*<sup>500</sup>. Por otro lado, define el peligro como la *“capacidad intrínseca de una sustancia o potencialidad de una situación física para ocasionar daños a las personas, los bienes y al medioambiente”*<sup>501</sup>.

La doctrina se ha concentrado en la definición del presente criterio según la importancia o gravedad. Sólo algunos autores desarrollan los conceptos de daño y peligro.

Jorge Bermúdez sostiene que este criterio hace referencia a *“la existencia o no de un daño, la naturaleza del mismo y la cuantía de éste, al momento de la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción”*<sup>502</sup>. Respecto al peligro, este autor sostiene que *“corresponde a una situación previa, en que una actividad, producto, obra, etc., que tiene la capacidad de producir un daño sin que éste se hubiere llegado a producir”*<sup>503</sup>.

<sup>500</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/da%C3%B1o>> [consulta: 28 de septiembre de 2019].

<sup>501</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [<https://dej.rae.es/lema/peligro>], consultado 28/09/2019.

<sup>502</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 618)

<sup>503</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 618)

Por su parte, Rosa Gómez desarrolla los tres conceptos. En concreto, esta autora sostiene que *“la importancia está estrechamente ligada a la magnitud o significancia de los efectos de la infracción”*<sup>504</sup>. En tanto, el daño supone la *‘afectación efectiva del bien jurídico tutelado’*<sup>505</sup>, mientras que el peligro o riesgo implican *“una amenaza real, próxima e inminente, al mismo que importa su creación o el aumento de uno existente”*<sup>506</sup>.

Cristóbal Osorio define este criterio centrándose en la importancia. En efecto, este autor sostiene que *“este criterio apunta a determinar la importancia o magnitud del daño o peligro de la infracción administrativa en diversas categorías. Para lo cual la autoridad sancionadora señalará la importancia del daño o peligro al bien jurídico protegido por la normativa sectorial, ya sea el medio ambiente, la seguridad química, los mercados financieros, la educación”*<sup>507</sup>.

Por su parte, las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Pecuniarias Ambientales definen los tres conceptos. De un lado, el daño es toda *“constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados”*<sup>508</sup>. Por el otro lado, el peligro es la *“capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”*<sup>509</sup>. Finalmente, la importancia de estos es el *“rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor”*<sup>510</sup>.

En el ámbito internacional, la OCDE establece que el presente criterio apunta principalmente al rol preventivo del Derecho Administrativo Sancionador<sup>511</sup>. Para ello, sostiene que es relevante que las autoridades desarrollen un sistema para cuantificar la seriedad de las

---

<sup>504</sup> (Gómez González, 2018, pág. 333).

<sup>505</sup> (Gómez González, 2018, pág. 333).

<sup>506</sup> (Gómez González, 2018, pág. 333).

<sup>507</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 846)

<sup>508</sup> Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones pecuniarias ambientales, pág. 33

<sup>509</sup> Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones pecuniarias ambientales, pág. 33.

<sup>510</sup> Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones pecuniarias ambientales, pág. 34.

<sup>511</sup> *“A penalty, to achieve deterrence, should not only remove any economic benefit of non-compliance, but also include an amount reflecting the seriousness of the violation (the ‘gravity component’)”*. OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries. En línea <<https://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf>>. [última consulta 18 de octubre de 2019]

infracciones normativas administrativas, asignando valores y estableciendo parámetros objetivos, en la medida de lo posible, para así ponderarlos en las circunstancias fácticas particulares de cada caso. Dentro de los elementos que ha de ponderar el órgano sancionador se encuentran los ya mencionados criterios presentes en nuestro ordenamiento, es decir, si hay daño o peligro de daño junto con la importancia de estos<sup>512</sup>.

Por su parte, nuestra jurisprudencia también ha establecido que lo relevante del presente criterio es la magnitud de este. En este sentido, la Corte Suprema sostuvo:

*“la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, regla en que lo fundamental resulta ser la elucidación de la ‘importancia’ del daño causado, y pese a su evidente carga subjetiva, debe atenderse a la magnitud del perjuicio, a su entidad o extensión, de modo de objetivar un término valorativo para llevarlo a un ámbito eminentemente descriptivo, para así constatar que serán importantes aquellos daños según los efectos provocados”*<sup>513</sup>.

Además, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de peligro. Al respecto, ha sostenido que el peligro ocasionado se refiere a un peligro concreto. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sostuvo que el peligro *“dice relación con la probabilidad de afectar la salud y vida de una persona, de un peligro absoluto y no en relación a un universo”*<sup>514</sup>.

En conclusión, el elemento central de este criterio es la importancia o magnitud. Respecto del daño, este ha sido definido como la afectación de un bien jurídico, mientras que el peligro significa un riesgo concreto que amenace dicho bien jurídico.

### **(iii) Tratamiento jurisprudencial del criterio.**

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre los conceptos de daño, peligro e importancia de estos.

---

<sup>512</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries. En línea < <https://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf> >. [última consulta 18 de octubre de 2019]

<sup>513</sup> SCS Rol N° 24.422-2016, considerando 13°.

<sup>514</sup> En este sentido: SCA Punta Arenas Rol N° 120-2017.

La jurisprudencia analizada no realiza un análisis de este criterio en base al test de proporcionalidad. Lamentablemente, solamente hace una referencia legal a este criterio, sin desarrollar los elementos del principio de proporcionalidad.

El análisis jurisprudencial de este criterio se realizará analizando, en primer lugar, la importancia, para posteriormente analizar el daño o peligro.

**a. Respecto al análisis de la importancia de la magnitud de la infracción.**

La jurisprudencia se ha pronunciado en diversos casos sobre este criterio. En estos casos, casos, ha debido analizar desde la perspectiva del daño, mientras que, en otros casos, ha debido ponderar desde el peligro ocasionado.

Respecto a la ponderación de la importancia del daño causado, la jurisprudencia ha reconocido este criterio ante la muerte de un trabajador por haberse electrocutado al estar trabajando en la preparación de un evento masivo<sup>515</sup>. Asimismo, en casos similares, la jurisprudencia aplicó este criterio ante lesiones por electrocución, pero que a diferencia del caso anterior no hubo fallecimiento<sup>516</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia aplicó este criterio en un caso en que cayó una rama en la casa de una persona, causando daños a su familia y bienes<sup>517</sup>.

También, la jurisprudencia ha reconocido este criterio en materia de mercado de valores. En efecto, ha sido reconocido tanto como un agravante, pero también como un atenuante. Respecto de los primeros, ha sostenido que existe un daño cuando, habiéndose advertido importantes deficiencias en los balances financieros, el Directorio de una sociedad aprueba estos balances sin que se analice el informe de empresa auditora<sup>518</sup>. Asimismo, este criterio se ha aplicado ante la falta de control, lo que generó incumplimientos normativos afectando la imagen pública de

---

<sup>515</sup> Así se sostuvo en las; SCS Rol N° 18460-2015; SCS Rol N° 783-2013

<sup>516</sup> De este modo se resolvió en: SCS Rol N° 8432-2017; SCS Rol N° 68722-2016; SCA Valparaiso Rol N° 2329-2016.

<sup>517</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 11.444-2014.

<sup>518</sup> De este modo se resolvió en: SCS Rol N° 20380-2018.



una Caja de Compensación<sup>519</sup>. Sobre los segundos, ha sostenido que, ante la alteración de información financiera, no es posible atribuir por completo el daño a una clasificadora de riesgo cuando ha sido la empresa la que ha buscado alterar dicha información<sup>520</sup>. Finalmente, la jurisprudencia sostuvo que no había afectación al mercado de valores cuando un conjunto de auditores no respetaba las Normas de Auditorías Generalmente Aceptadas, por lo cual se justificaba una rebaja de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>521</sup>.

Respecto a los casos de peligro, la jurisprudencia ha reconocido este criterio ante la interrupción del suministro a seis centros de salud primaria por deudas impagas<sup>522</sup>. Asimismo, la jurisprudencia lo aplicó por no llevar registros relativos a la calidad de los diversos tipos de gas licuado<sup>523</sup>. También, aplicó este criterio por haber constatado instalaciones eléctricas en mal estado, sin protecciones para los trabajadores<sup>524</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia sostuvo que había peligro por comercializar productos sin contar con sus respectivos certificados de seguridad y eficiencia energética<sup>525</sup>. También, la jurisprudencia reconoció este criterio por contaminar con petróleo una planta de tratamiento de agua que abastece a la Región Metropolitana<sup>526</sup>. Finalmente, la jurisprudencia ha aplicado este criterio por efectos significativos en el ecosistema, aunque no se haya producido daño ambiental<sup>527</sup>.

Especial mención se ha hecho a este criterio en los casos en que se ha afectado la continuidad de un servicio público. En efecto, podemos dividir la infracción de este bien jurídico según tres criterios para analizar la importancia o gravedad de la infracción. Por una parte, se ha aplicado en razón del tiempo en que se ha interrumpido la continuidad del servicio<sup>528</sup>. También, ha sido

---

<sup>519</sup> Así se sostuvo en: SCA Santiago Rol N° 1651-2017

<sup>520</sup> De este modo se resolvió en: SCS Rol N° 7560-2015.

<sup>521</sup> Así lo sostuvo la: SCS Rol N° 24170-2014

<sup>522</sup> En este sentido se sostuvo en: SCS Rol N° 33853-2017

<sup>523</sup> SCS Rol N° 5110-2016; SCS Rol N° 68223-2017.

<sup>524</sup> SCS Rol N° 11111-2011

<sup>525</sup> En este sentido se sostuvo en: SCS Rol N° 5204-2015; SCA Santiago Rol N° 713 - 2018

<sup>526</sup> De este modo resolvió la SCS Rol N° 7914-2019

<sup>527</sup> En este sentido se pronunció la: SCS Rol N° 17736-2016.

<sup>528</sup> En este sentido se sostuvo en las sentencias: SCS Rol N° 16477-2018; SCS Rol N° 97737-2016; SCS Rol N° 9551-2014; SCS Rol N° 31556-2014; SCS Rol N° 1498-2013

sopesado tomando en cuenta la cantidad de usuarios afectados<sup>529</sup>. Finalmente, se ha aplicado este criterio para considerar la falta de confianza generada, cuando concesionaria de servicio público no cuenta con sistemas para afrontar una emergencia<sup>530</sup>.

**b. Respecto a los conceptos de daño causado y peligro ocasionado en la infracción.**

La jurisprudencia no ha sido uniforme a la hora de tratar la distinción entre el daño y el peligro.

Por un lado, la diferencia central entre el daño y el peligro, es que el primero no es una mera probabilidad, sino que es una situación que se concretó, mientras que el segundo no ha logrado materializarse. Sin embargo, hay casos en que la jurisprudencia no ha distinguido las diferencias de las consecuencias entre el daño y el peligro. Por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido que *“el riesgo generado por la infracción resulta de una magnitud que impide la rebaja de la sanción únicamente basado en la circunstancia de su falta de materialización”*<sup>531</sup>. Esta expresión resulta curiosa, ya que el riesgo o peligro se define por su falta de materialización.

Por otro lado, hay casos en que sí ha distinguido en las consecuencias entre el daño y el peligro. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo<sup>532</sup>:

*“[q]ue, sin perjuicio que el hecho sancionado es de aquellos que contempla la ley y que la multa se encuentra establecida dentro de los márgenes establecidos en la Ley 18.410, debe ser considerado que no existe constancia en los autos de la ocurrencia de algún accidente que haya causado daño a terceros, lo que si debe ser considerado al momento de ponderar el monto de la multa impuesta, sin perjuicio de compartir esta Corte el argumento de la recurrida, en cuanto a que los productos sí son*

---

<sup>529</sup> Así se resolvió en los siguientes fallos: SCS Rol N° 7914-2019 SCS Rol N° 16477-2018; SCS Rol N° 26475-2018; SCS Rol N° 16476-2018; SCS Rol N° 31178-2017; SCS Rol N° 8416-2016; SCS Rol N° 68712-2016; SCS Rol N° 5110-2016; SCS Rol N° 1498-2013

<sup>530</sup> Así lo sostuvo la jurisprudencia en las sentencias: SCS Rol N° 97737-2016; SCA Talca Rol N° 3229-2016

<sup>531</sup> SCS Rol N° 33.853-2017, considerando 10°; SCS Rol N° 7914-2019, considerando 8°; SCS Rol N° 9737-2016, considerando 17°.

<sup>532</sup> SCA de Santiago, Rol N° 9.459-2016, considerando 4°. En el mismo sentido SCS Rol N° 26.475-2018, considerando 6°; SCS Rol N° 17736-2016, considerando 4°.

*peligrosos para la integridad física cuando no se conocen sus estándares de seguridad, como es el caso de autos”.*

**(b) Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.**

**(i) Regulación normativa del criterio.**

A diferencia del criterio anterior, el legislador ha sido uniforme en la regulación del criterio del beneficio económico obtenido en cuanto no utiliza distintos conceptos para referirse a él. El beneficio económico se encuentra regulado en diversas normas sectoriales en las cuales se hace referencia a este como ‘el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción’. Así es posible vislumbrarlo en el siguiente esquema:

<b>Ley</b>	<b>Artículo</b>	<b>Texto Normativo</b>
Ley N° 20.417	Artículo 40 letra c)	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.”
Ley N° 18.410	Artículo 16 letra c)	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.”
Ley N° 20.529	Artículo 73 letra b) inciso segundo	“Artículo 73 letra b) inciso segundo. - La multa aplicada deberá tomar en cuenta el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción”.
DL N° 3.538	Artículo 38	“Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias: 2. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese.”
Ley N° 18.755	Artículo 26 letra c)	“Artículo 26.- Las sanciones que se impongan en virtud de este Título se aplicarán sin perjuicio de la

		<p>responsabilidad civil y penal que pudiere corresponder al infractor.</p> <p>En casos en que la multa asignada a una contravención estableciere montos mínimo y máximo, el rango comprendido entre tales extremos se dividirá en dos partes iguales: la mitad superior y la mitad inferior, y la aplicación de la misma se regulará conforme a los siguientes criterios:</p> <p>c) Si se tratare de infracciones que no implican la producción de un resultado determinado, se podrá aplicar la multa en toda su extensión, regulando su cuantía según [...] los beneficios que el infractor hubiere obtenido de la infracción.”</p>
--	--	--

Por su parte, en el Derecho Comparado también se encuentra consagrado este criterio. Así se desprende del siguiente cuadro:

País	Ley	Texto Normativo
España	Ley N° 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público	<p><b>“Artículo 29 inciso 2°.- Principio de proporcionalidad.</b></p> <p>El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.</p>
Unión Europea	Reglamento UE 2016/679 del Parlamento	<p><b>Artículo 83.-</b> Condiciones generales para la imposición de multas administrativas.</p> <p>[...]</p> <p>Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:</p> <p>[...]</p> <p>k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.</p>

Ecuador	Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado	<p><b>“Artículo 80.-</b> Criterios para la determinación del importe de las sanciones.</p> <p>El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:</p> <p>f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción”</p>
---------	---	---

**(ii) Concepto del criterio.**

Según la Real Academia Española, beneficio significa *“utilidad o provecho”*<sup>533</sup>. Esta no presenta una definición para el concepto beneficio económico en sede administrativa, sin embargo, resulta útil para su comprensión, la definición que ésta hace del presente criterio en sede penal. Así, lo define como *“cualquier ventaja económica, monetaria o no, que se obtiene como consecuencia de uno de estos delitos”*<sup>534</sup>. A partir de ellas, queda de manifiesto su característica cuantitativa y su concepción amplia.

Transversalmente, la doctrina ha tratado el presente criterio acentuando su finalidad. En suma, el objetivo principal de sopesar el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción es cumplir con el fin preventivo del Derecho Administrativo Sancionador.

En el derecho nacional, Jorge Bermúdez define el beneficio económico en términos negativos. Para este autor el beneficio económico *“no [se refiere] a cualquier utilidad obtenida por una empresa, sino a la parte de la misma que tuvo su origen en el ahorro que implicó la comisión de la infracción”*<sup>535</sup>. Por eso, sostiene que es improcedente calificar cualquier utilidad como ilícita, dado que toda actividad económica puede legítimamente entregar ganancias a quien la ejerce. No obstante ello, esgrime que la finalidad de sopesar el beneficio económico del infractor es cumplir con el elemento disuasivo de la sanción. En razón de eso, Bermúdez sostiene que *“la aplicación de la sanción debe eliminar todo beneficio, y luego agregar el componente*

<sup>533</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <> [consulta: 02 de octubre de 2019]

<sup>534</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/beneficio-econ%C3%B3mico>> [consulta: 02 de octubre de 2019]

<sup>535</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 620)

*netamente punitivo*". En ese sentido, esgrime que este criterio encuentra su límite en la tipificación de la sanción, por lo cual *"este criterio aparece inoficioso cuando los beneficios de la infracción superan el máximo de multa admitida por la norma"*<sup>536</sup>. Frente a esta problemática, comenta que sería de plena utilidad la aplicación de una *"regla de la sanción mínima"*<sup>537</sup> la cual refiere a que la sanción no puede ser inferior al beneficio obtenido de forma ilícita por el infractor, de esta forma, la actividad sancionadora cumpliría con sus funciones preventivas. No obstante, arguye que esta regla ha de ser implementada en base a tres límites. En primer lugar, con respecto al principio de reserva legal, ya que la sanción no puede ir más allá de lo que establece el legislador. En segundo lugar, considerando los costos de la reparación de los daños ejecutados por el infractor, ya que una actividad reparatoria implicará costos que son asumidos por éste. Finalmente, incluyendo cláusulas habilitantes que permitan la superación del límite establecido en aquellos casos en que el beneficio obtenido ilícitamente sea superior al determinado por la norma<sup>538</sup>.

Para Rosa Gómez, el beneficio económico hace referencia a diversas situaciones. En concreto, esta autora dispone que estos beneficios se encuentran:

*"asociados a costos retrasados o evitados hasta beneficios vinculados a ganancias anticipadas o adicionadas en un determinado momento o durante un periodo prolongado de tiempo, de manera que debe comprender las transformaciones que hubieran podido experimentar las ganancias obtenidas"*<sup>539</sup>.

Ahora bien, esta autora reconoce límites a los beneficios económicos obtenidos por el infractor. Para esta autora, en un contexto de beneficios imprevistos (como la quiebra de un competidor después que el infractor cometió la infracción), el infractor no debería responder por todas las consecuencias que se habrían generado por su infracción. Respecto a la finalidad del beneficio económico, Rosa Gómez también sostiene que la finalidad principal de este criterio

---

<sup>536</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 619)

<sup>537</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 620)

<sup>538</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 620)

<sup>539</sup> (Gómez González, 2018, pág. 334)

es disuadir la comisión de la infracción. En concreto, sostiene que el beneficio económico “*tiene por objeto provocar en el actual y en eventuales infractores un desincentivo al ilícito, esto es, que el cumplir la norma sea más rentable que no hacerlo*”<sup>540</sup>.

En una visión diferente, Cristóbal Osorio define el beneficio económico como “*todas aquellas ganancias o beneficios que pudo obtener el infractor con ocasión de perpetrar la infracción administrativa*”<sup>541</sup>. Esta definición no hace mayores discriminaciones de los beneficios por los cuales el infractor debe responder. Respecto de la finalidad de este criterio, al igual que los otros autores, Cristóbal Osorio sostiene que “*la importancia del beneficio económico es determinar claramente una sanción que sea disuasiva para el infractor, en su análisis de costos y beneficios, no resultando útil el beneficio la infracción por sobre el costo de la sanción administrativa*”<sup>542</sup>.

Por su parte, Pablo Soto no entrega una definición de beneficio económico. Sin embargo, al igual que los autores previos, estima que la determinación del beneficio económico obtenido cumple un rol importante en la misión específica de la sanción administrativa, esto es, el incentivo al cumplimiento del Derecho o el denominado *enforcement*. De este modo, sostiene:

*“un aspecto capital del diseño sancionatorio administrativo se encuentra en la eliminación de cualquier ganancia o beneficio producido por la infracción administrativa, porque con ello se suprime el incentivo económico de obtener utilidades o ahorrar costos a causa de incumplir la regulación”*<sup>543</sup>.

Las Bases Metodológicas Ambientales desarrollan extensamente el beneficio económico. Desde luego, sostienen que este “*equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella*”<sup>544</sup>. Además, ahondan en los dos tipos de beneficios económicos que pueden surgir por una infracción administrativa. En primer lugar, se pueden generar beneficios por costos retrasados o evitados,

---

<sup>540</sup> (Gómez González, 2018, pág. 335)

<sup>541</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 855)

<sup>542</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 856)

<sup>543</sup> (Soto Delgado, 2017, pág. 292)

<sup>544</sup> Bases Metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 36

los cuales se producen cuando existe cumplimiento tardío o no hay cumplimiento de forma absoluta. De un lado, los beneficios por costos retrasados como aquellos “*costos vinculados al cumplimiento de las exigencias legales con posterioridad al momento en que la normativa lo requería o al momento en que, de haber sido incurridos, la infracción podría haberse evitado*”<sup>545</sup>. Del otro, los beneficios por costos evitados son definidos como aquellos en los cuales se obtiene “*un ahorro económico al evitar incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento de la normativa*”<sup>546</sup>. En segundo lugar, se pueden generar beneficios asociados a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, esto es, aquellos que se producen a partir de actividades susceptibles de generar ingresos, no estando autorizadas. Así, por un lado, los beneficios por ganancias anticipadas son *aquellas “ganancias derivadas de ingresos que, en ausencia de la infracción, hubiesen sido obtenidos con posterioridad”*<sup>547</sup>, como lo son, por ejemplo, el funcionamiento de una empresa sin los permisos o validaciones necesarias. Por el otro lado, los beneficios por ganancias adicionales son *aquellas “ganancias derivadas de ingresos que, en ausencia de la infracción, no habrían sido obtenidos en ningún momento”*<sup>548</sup>, como lo es, por ejemplo, la producción sobre la capacidad permitida, actividad realizada en un horario, período o circunstancia para la cual existe restricción de operar, entre otros.

De este modo, las Bases Metodológicas hacen referencia a la finalidad del beneficio económico reconociendo la finalidad disuasiva de este, pero se limitan a establecer que se debe eliminar la ganancia obtenida con la infracción administrativa. En otras palabras, no proponen una multa superior a dicha ganancia. Por ende, establecen:

*“[e]ste componente es esencial para lograr el fin preventivo de la sanción, pues su aplicación tiene por objetivo situar al infractor en la misma posición económica en que hubiera estado de haber cumplido con la normativa, eliminando el beneficio que hubiere obtenido con motivo de la infracción y evitando que el incumplimiento ambiental constituya un mecanismo para generar valor económico”*<sup>549</sup>

---

<sup>545</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias ambientales, pág. 37

<sup>546</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias ambientales, pág. 37

<sup>547</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias ambientales, pág. 38

<sup>548</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias ambientales, pág. 38

<sup>549</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones pecuniarias ambientales, pág. 51



Por su parte, dentro de la jurisprudencia nacional encontramos algunas definiciones que se centran más en el contenido del beneficio económico, mientras que hay otros pronunciamientos que atienden más a la finalidad del beneficio económico.

Dentro del primer grupo, la Corte Suprema sostuvo que para determinar el beneficio económico “*se debe tener en consideración que esta ganancia podría provenir de un aumento de los ingresos o de ganancias ilícitas anticipadas o de una disminución en los costos[...]*”.<sup>550</sup>

Dentro del segundo grupo, el Tercer Tribunal Ambiental, sostuvo que la “*forma más simple de usar acerca de la decisión de una empresa entre cumplir o no cumplir con la normativa ambiental es comparando cuánto gana (o pierde) en cada situación; esto es, comparando su beneficio si cumple con la ley en relación con su beneficio si no cumple con ella*”.<sup>551</sup>

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la multa debe ser disuasiva. En efecto, esta Magistratura dispuso:

*“[...] la justificación de una multa para cuyo importe exista por ley una vinculación específica con la ganancia económica descansa, de manera importante, en el objetivo de reforzar el efecto disuasivo de la sanción, minimizando la posibilidad de que la existencia de una multa máxima legal pueda no ser suficiente en relación al beneficio que la infracción irroga al infractor”*.<sup>552</sup>

Finalmente, en el Derecho Comparado, también existen referencias al concepto del beneficio económico y a su finalidad como criterio.

La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, o por sus siglas en inglés, US EPA (ahora en adelante), se refiere a ambos elementos. Respecto del concepto, este ente regulador define de dos formas el beneficio económico. Por un lado, lo define según los costos

---

<sup>550</sup> SCS Rol N° 24.422-2016

<sup>551</sup> 3TA. Rol N° 6 – 2014. Sentencia confirmada por la SCS Rol N° 5838-2015

<sup>552</sup> STC Rol N° 3.542-2017, considerando 14°; STC Rol N° 3.575-2017, considerando 14° y 3.684-2017 en su considerando 14°.

evitados y retrasados. Por el otro, según aquellas ganancias obtenidas mediante una competencia ilegal del infractor<sup>553</sup>. Respecto de la finalidad, la US EPA establece que las multas que los jueces han de imponer al infractor ha de tener dos componentes. Por un lado, la recuperación del beneficio económico, el cual asegura que el infractor no obtenga ganancias de su actuar ilícito. Por el otro, un monto punitivo que será estimado según la gravedad de la infracción<sup>554</sup>. Para ello, dicha guía presenta un modelo computacional llamado “Ben”<sup>555</sup> el cual calcula el beneficio económico y la gravedad o seriedad de la infracción, para fijar el monto final de la multa y cumplir con el “enforcement”<sup>556 557</sup>.

La OCDE también define el beneficio económico y a la vez hace referencia a su finalidad. Respecto al concepto, la OCDE lo define como aquel que obtiene el infractor por dilatar el cumplimiento de la ley, evadirla u obtenido mediante una competencia con una ventaja ilegal<sup>558</sup>. Respecto a su finalidad, dicha institución es enfática en que los ordenamientos han de establecer métodos para eliminar el beneficio obtenido por el infractor<sup>559</sup>.

---

<sup>553</sup> US EPA, Office of Enforcement and Compliance Assurance, *Leveling the Playing Field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws*, 2000, pág. 2

<sup>554</sup> “*The civil penalty that federal judges and EPA’s administrative law judges impose on a violator has two components: the economic benefit being recovered, which ensures that the violator does not profit from illegal action, and a dollar penalty that accounts for the degree of seriousness of the violation*”. US EPA, Office of Enforcement and Compliance Assurance, *Leveling the Playing Field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws*, 2000, pág. 2

<sup>555</sup> Este fue implementado por primera vez en 1984 y, según el informe de la OCDE sobre la eliminación del beneficio económico de las multas administrativas, estas han aumentado en sus montos dramáticamente. (OECD, *Determination and application of administrative fines for environmental offences guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries*, 2009, pág. 13)

<sup>556</sup> US EPA, Office of Enforcement and Compliance Assurance, *Leveling the Playing Field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws*, 2000, pág. 3.

<sup>557</sup> El sistema de la US EPA toma relevancia como guía para nuestro complejo institucional del compliance no sólo por sus años de trayectoria sino porque la OCDE lo ha resaltado especialmente. OECD, *Determination and application of administrative fines for environmental offences guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries*, 2009, pág. 13

<sup>558</sup> “*Violators obtain an economic benefit from violating the law by delaying compliance, avoiding compliance or achieving an illegal competitive advantage*”. OCDE, *Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries*. Disponible en: <https://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf> . [última consulta 2 de octubre de 2019]

<sup>559</sup> “*In order to ensure that a penalty removes any significant economic benefit of non-compliance, it is necessary to have reliable methods to calculate that benefit. The existence of a well defined and substantiated methodology strengthens the enforcement agency’s position in case of eventual appeal of the penalty*.” OCDE, *Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries*. Disponible en: <https://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf> . [última consulta 2 de octubre de 2019]

Por su parte, los autores Gómez, Isla y Mejía, también entregan un concepto y a la vez hacen referencia a la finalidad de este criterio. Respecto al concepto, sostienen que este es la diferencia entre haber obtenido ganancias de forma ilícita con haber obtenido ganancias de forma lícita. En efecto, estos autores sostienen este *“es lo que percibe, percibiría o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción menos lo que percibiría si no la hubiera cometido”*<sup>560</sup>. Sobre la finalidad, argumentan la determinación del beneficio económico es para eliminar esa diferencia.

Finalmente, Richard Macrory se refiere a la finalidad de este criterio. En efecto, en un Informe encargado por el gobierno inglés para estudiar la eficacia de las sanciones administrativas, sostuvo que uno de los principios de las sanciones administrativas pecuniarias es la eliminación del beneficio económico<sup>561</sup>. Con todo, resaltó que transversalmente las multas han estado transmitiendo una señal errónea, ya que las multas que se establecen son en promedio más bajas que las ganancias obtenidas por los infractores. Ante eso, no se cumple con el objetivo preventivo pues no se crean reales incentivos para cumplir con la normativa<sup>562</sup>.

### **(iii) Tratamiento jurisprudencial del criterio.**

La jurisprudencia ha reconocido el criterio del beneficio económico en variados casos.

Al igual que el criterio anterior, la jurisprudencia analizada no realiza un análisis de este criterio en base al test de proporcionalidad. Clasificaremos la jurisprudencia según los distintos

---

<sup>560</sup> (Gomez Apac, Isla Rodríguez, & Mejía Trujillo, 2010, pág. 139)

<sup>561</sup> En ese sentido arguye que: *“A sanction should aim to eliminate any financial gain or benefit from non-compliance. [...] For firms that persist in operating this way, removing financial benefits will ensure that, in future, the financial gains are not enough of an incentive to break the law”*. (Macrory, 2006, pág. 30)

<sup>562</sup> De este modo, apunta este autor estableciendo:

*“[the financial penalties [are] sending the wrong signal: Evidence presented to me over the course of the review has demonstrated that, in some instances, the fines handed down in court often do not reflect the financial gain a firm may have made by failing to comply with an obligation. This means that these penalties do not act as a deterrent and, in effect, give businesses an incentive to continue to fail to comply in return for a profit. In some cases fines do not fully reflect the harm done to society”*. (Macrory, 2006, pág. 20)

elementos del beneficio económico, esto es, según si el beneficio es un costo retrasado, si son costos evitados, si son ganancias anticipadas o si son ganancias adicionales.

En primer lugar, en el escenario de costos retrasados, se ha reconocido un beneficio económico el no implementar a tiempo las instalaciones requeridas por una Resolución de Calificación Ambiental como obligatorias para funcionar<sup>563</sup>. En segundo lugar, la jurisprudencia ha esclarecido que cuando se retrasan inversiones impuestas como obligatorias, como lo es, por ejemplo, un desulfurizador exigido por una RCA, para el funcionamiento de las actividades reguladas, el ahorro de la mantención es un costo retrasado que ha de ser calculado dentro del beneficio económico<sup>564</sup>.

En segundo lugar, respecto de los costos evitados, se ha reconocido el beneficio económico en diversas circunstancias. En primer lugar, para la jurisprudencia hay beneficio económico al comercializar productos que no constan con la certificación obligatoria<sup>565</sup>. En segundo lugar, la jurisprudencia ha considerado que existe beneficio económico al evitarse los costos de ingresar un proyecto al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, debiendo este haber ingresado<sup>566</sup>. En tercer lugar, ha considerado que hay beneficio económico cuando se interrumpe la continuidad normal de un servicio público. Por un lado, la jurisprudencia ha sostenido que hay beneficio económico cuando no hay un mantenimiento de la infraestructura necesaria para el funcionamiento del servicio. En ese sentido, el beneficio económico se expresaría en la inversión que no se ha realizado para cumplir con las labores de mantención<sup>567</sup>. Por el otro, se configura un beneficio económico cuando la concesionaria no ha destinado recursos para contar con medios tecnológicos y humanos suficientes para atender la demanda de reclamos y consultas, producto de la interrupción del servicio<sup>568</sup>. En cuarto lugar, se evitan costos al no realizar rendiciones de los recursos que debían rendirse al Estado, no acreditándolos

---

<sup>563</sup> 3TA R -6-2014, confirmada por la SCS Rol N° 5.838-2015.

<sup>564</sup> En ese sentido se pronuncia la 3TA R-4-2016, confirmada por la SCS Rol N° 5.838-2015.

<sup>565</sup> Así se sostuvo en las SCA Punta Arenas Rol N° 253-2016; SCA Punta Arenas Rol N° 120-2017; SCA Santiago, Rol N° 713-2017

<sup>566</sup> En este sentido: SCS Rol N° 17.736-2016

<sup>567</sup> En ese sentido: SCS Rol N° 16476-2018; SCS Rol N° 6979-2017; SCS Rol N° 97737-2016; SCA Valparaíso Rol N° 2329-2016; SCA Valparaíso Rol N° 1661-2015, y; SCS Rol N° 22.010-2018.

<sup>568</sup> De este modo: SCS Rol N° 8437-2017; SCS Rol N° 97737/2016; SCA Talca Rol N° 3229-2016.

oportunamente<sup>569</sup>. En quinto lugar, se consideró que había beneficio económico al funcionar una empresa sin una Resolución de Calificación Ambiental<sup>570</sup>.

En tercer lugar, respecto a las ganancias anticipadas, la jurisprudencia ha sostenido que se configura el beneficio económico cuando se comercializan productos que se encuentran en proceso de certificación, pero, a diferencia del caso mencionado previamente, aún no se encuentran certificados<sup>571</sup>.

En cuarto lugar, en el escenario de ganancias adicionales, la jurisprudencia ha determinado que existe beneficio económico en diversas ocasiones. Por un lado, se determinó que se produce un beneficio económico al funcionar sin los permisos debidos. Se consideró que existía beneficio económico al sobre producir toneladas de salmón en Centros de Engorda de Salmón<sup>572</sup>. Asimismo, para la jurisprudencia se produce una ganancia adicional, cuando no se utilizan subsidios educacionales con el propósito determinado por la ley<sup>573</sup>. Además, la jurisprudencia ha reconocido que existe un beneficio económico cuando un proveedor se adjudica una licitación. Este beneficio se manifestaría al asegurar una venta y la exclusión de un competidor<sup>574</sup>.

Ahora bien, cabe mencionar el especial caso de los órganos sin fines de lucro. En dichos casos, la jurisprudencia ha dicho que, si bien se pueden haber producido beneficios que bien pueden *“provenir de un aumento de los ingresos o de ganancias ilícitas anticipadas o de una disminución en los costos perjudicando el medio ambiente mediante un análisis de costos y beneficios”* pero que en dichos casos quedan excluidos del análisis en cuanto *“al carácter del infractor, por tratarse de una Corporación de Derecho Público, descartándose, por tanto, una finalidad lucrativa con la ejecución de actuaciones contaminantes”*.<sup>575</sup>

---

<sup>569</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 13374-2019.

<sup>570</sup> De este modo, se decidió en: SCS Rol N° 5.838-2015.

<sup>571</sup> En este sentido: SCA Santiago Rol N° 9.459-2016.

<sup>572</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 38.340-2016.

<sup>573</sup> En este sentido: SCS Rol N° 15.537-2018

<sup>574</sup> Así lo reconoció la jurisprudencia en SCA Santiago Rol N° 10.454-2015.

<sup>575</sup> De este modo se resolvió en: SCS Rol N° 24.422-2016, considerando 15°.

Por último, respecto a la finalidad disuasoria de este criterio, la jurisprudencia ha destacado el problema de establecer límites regulatorios sin una cláusula habilitante para eliminar el beneficio económico obtenido ante una infracción de un sujeto regulado. En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado a la luz de un caso en los cuales los beneficios económicos obtenidos exceden el límite de la multa habilitado normativamente a imponer, arguyendo que:

*“para este Tribunal, este es un ejemplo claro de la necesidad de que el proceso sancionador considere la extracción del beneficio económico ilícitamente obtenido como una forma de desincentivar el incumplimiento por parte del infractor, y como una señal al resto de los regulados. [...] Este caso, en el cual el beneficio económico obtenido debido al incumplimiento es mayor que el límite superior de la multa es un buen ejemplo conceptual desarrollado al principio de esta discusión. Básicamente indica que es una decisión financiera rentable (y de bajo riesgo), desde el punto de vista de la empresa, retrasar la implementación de la medida solicitada”<sup>576</sup>.*

**(c) Capacidad económica del infractor.**

**(i) Regulación normativa del criterio.**

De igual forma que el criterio de beneficio económico, el criterio de la capacidad económica del infractor se encuentra englobado sólo en un concepto en las diversas normas sectoriales, como se vislumbra en el siguiente esquema:

<b>Ley</b>	<b>Artículo</b>	<b>Texto normativo</b>
Ley N° 20.417	Artículo 40 letra f)	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: f) La capacidad económica del infractor.”
Ley N° 18.410	Artículo 16 inciso 2° letra f)	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias:

<sup>576</sup> De este modo se resolvió en: 3TA Rol N° R-6-2014. Confirmado por la SCS Rol N° 5.838-2015.

		f) La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado.”
Ley N° 16.395	Artículo 57 inciso segundo	“Artículo 57 inciso segundo. - El monto específico de la multa se determinará apreciando fundadamente [...], la capacidad económica del infractor y [...].”
DL N° 3.538	Artículo 38 numeral 6)	“Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias: 6) La capacidad económica del infractor.”

En el derecho comparado, este criterio se encuentra consagrado conforme al siguiente cuadro:

<b>País</b>	<b>Ley</b>	<b>Texto Normativo</b>
Estados Unidos	Environmental Protection Agency, 1984. “Policy on civil penalties”.	<p>Methods for quantifying the benefit and gravity components are explained in the Framework guidance. These methods significantly further the goal of equitable treatment of violators. To begin with, the benefit component promotes equity by removing the unfair economic advantage which a violator may have gained over complying parties. Furthermore, because the benefit and gravity components are generated systematically, they will exhibit relative consistency from case to case. Because the methodologies account for a wide range of relevant factors, the penalties generated will be responsive to legitimate differences between cases.</p> <p>However, not all the possibly relevant differences between cases are accounted for in generating the preliminary deterrence amount. Accordingly, all preliminary deterrence</p>

		<p>amounts should be increased or mitigated for the following factors to account for differences between cases:</p> <p>Ability to pay.</p>
México	Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares,	<p>Artículo 65.- El Instituto fundará y motivará sus resoluciones, considerando:</p> <p>[...]</p> <p>La capacidad económica del responsable, y</p>
Colombia	Ley N° 142/1994 sobre el Régimen de los servicios públicos domiciliarios	<p>Artículo 81.- Sanciones.</p> <p>La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:</p> <p>81.2 Multas desde 1 hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta:</p> <p>3) La situación financiera de la empresa, para lo cual, se efectuará un análisis de los estados financieros del prestador con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de imposición de la sanción. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por dicho número de años. Si el infractor no proporciona la información necesaria que se le solicite, para determinar el monto de la multa a imponer, dentro de los treinta (30) días siguientes al requerimiento formulado, se le aplicarán las otras sanciones previstas en este artículo.</p>
Perú	Ley N° 27.584, regula el proceso contencioso administrativo.	<p>Artículo 34.- Principios jurisprudenciales.</p> <p>[...]</p> <p>De otro lado, se incorpora la exigencia que el Juez debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que</p>



		causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
Ecuador	Ley orgánica de regulación y control del poder de mercado,	<p>Artículo 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.</p> <p>El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:</p> <p>a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.</p> <p>b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.</p>

**(ii) Concepto del criterio.**

Tanto la doctrina, la Administración, la jurisprudencia y órganos internacionales se han referido a la conceptualización de la capacidad económica del infractor.

Al igual que el beneficio económico, este criterio es cuantitativo y analiza las características del infractor. La Real Academia Española, desde una perspectiva tributaria, define el principio de la capacidad económica como un:

*“principio que hace referencia a la posibilidad real o suficiencia de una persona física o jurídica para hacer frente a una obligación tributaria concreta exigida por una administración pública, como manifestación del deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento del gasto público mediante una ponderación justa de su capacidad contributiva que debe constituir en todo caso una manifestación de riqueza”<sup>577</sup>.*

La RAE también define la capacidad económica propiamente tal, pero también lo hace desde una perspectiva tributaria, sosteniendo que esta es el *“conjunto de negocios jurídicos, actos o hechos susceptibles de ser sometidos a gravamen por poner de manifiesto dicha capacidad y*

<sup>577</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/intencionalidad>> [consulta: 16 de octubre de 2019]

*que debe ser definida por la ley en el hecho imponible de los tributos y en particular de los impuestos*<sup>578</sup>.

La doctrina nacional define la capacidad económica centrándose en su finalidad. En efecto, para Jorge Bermúdez este criterio es la concreción del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, pues resulta arbitrario que, frente a una misma infracción, se graven distintos patrimonios con multas de igual cuantía<sup>579</sup>.

En el mismo sentido, Cristóbal Osorio sostiene que la capacidad económica es *“aquella que trata de determinar adecuadamente si la sanción administrativa cumplirá su fin de castigar y disuadir al infractor”*<sup>580</sup>.

Por su parte, la autora Rosa Gómez define la capacidad económica como *“aquella situación financiera que permite al administrado enfrentar de manera suficiente y sin mayor detrimento (significativo) una eventualidad económica adversa”*<sup>581</sup>. Para esta autora, este es un criterio exógeno, esto es, que calcula el impacto que la sanción tendrá en el patrimonio del infractor para así inhibir a los infractores provistos de mayores recursos frente a aquellos que no cuentan con grandes capitales para asumir las pérdidas financieras generadas por las infracciones cometidas<sup>582</sup>.

De este modo, estos autores centran su definición en la finalidad de este criterio, esto es, sancionar al infractor de forma proporcional a sus posibilidades de resistir la sanción administrativa. No es posible, imponer una multa que sea irresistible económicamente para el infractor, como tampoco corresponde imponer una multa ínfima a quien tiene un gran respaldo financiero.

---

<sup>578</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] < <https://dej.rae.es/lema/capacidad-econ%C3%B3mica> [consulta: 16 de octubre de 2019]

<sup>579</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 622)

<sup>580</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 879)

<sup>581</sup> (Gómez González, 2018, pág. 341)

<sup>582</sup> (Gómez González, 2018, pág. 341)

Por otro lado, las Bases Metodológicas ambientales nos entregan una definición y, además, ahondan en los componentes que integran el presente criterio. En concreto, éstas definen la capacidad económica como *“la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública”*<sup>583</sup>. Además, establecen que la capacidad económica se compone a su vez de dos elementos. De un lado, el tamaño económico del infractor. Este es un factor que la Administración ha de conocer de forma previa al cálculo de la multa en cuanto *“tiene relación con el nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales, del infractor, el cual corresponde a un indicador de la capacidad económica del mismo”*<sup>584</sup>. Consiguientemente, para calcular dicho tamaño económico, existen dos formas según establecen las Bases. Por un lado, esta acude a la clasificación que hace Servicio de Impuestos Internos<sup>585</sup>, la cual considera criterios anuales a partir de información auto declarada<sup>586</sup> como el monto de las ventas anuales, el número de trabajadores dependientes, el monto de las remuneraciones de dichos trabajadores dependientes, que considera al menos dos años tributarios<sup>587</sup>. Por el otro lado, cuando las empresas son entidades fiscales, el tamaño económico se mide según el presupuesto anual de dicha entidad<sup>588</sup>.

Las Bases establecen el presente criterio como un atenuante y no como un agravante, ya que sostienen que *“la aplicación de esta circunstancia, cuando procede, se realiza a través de un factor de reducción de la sanción de acuerdo al tamaño económico, siendo mayor la reducción cuando menor sea el tamaño económico de la empresa”*<sup>589</sup>.

También, las Bases sostienen que la capacidad económica se compone de la capacidad de pago. Estas la definen como la *“capacidad que el infractor tiene para hacer frente al impacto económico-financiero que supone el conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas”*<sup>590</sup>.

---

<sup>583</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 42.

<sup>584</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 43.

<sup>585</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 43.

<sup>586</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 63.

<sup>587</sup> Servicio de Impuestos Internos, [en línea] <[http://www.sii.cl/sobre\\_el\\_sii/estadisticas\\_de\\_empresas.html](http://www.sii.cl/sobre_el_sii/estadisticas_de_empresas.html)> [consulta: 03 de octubre de 2019]

<sup>588</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 43.

<sup>589</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 43.

<sup>590</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 74.

De este modo, de forma contraria al elemento de tamaño económico, la capacidad de pago es un criterio excepcional, eventual y sólo procede a solicitud y prueba del infractor. En ese sentido, la carga de probar la incapacidad de pagar recae plenamente en el infractor, debiendo este demostrar *“una condición de deficiencia en su situación financiera que le imposibilite, o dificulte en gran medida, hacer frente a la sanción pecuniaria que correspondería aplicar”*<sup>591</sup>. Dentro de la información que las Bases consideran como mínimas para poder acreditar dicha deficiencia se encuentran los Estados Financieros de al menos los últimos 3 años, que estén debidamente acreditados.

Una vez recolectada toda la información previamente mencionada, incluida la capacidad de pago en el caso en que el infractor la haya alegado, las Bases establecen la siguiente fórmula para calcular el criterio de capacidad económica:

$$CA^{592} = \left( \left[ \text{Valor de seriedad} \right] \times \left( 1 + \sum \left( \text{factor de incremento} \right) - \sum \left( \text{factor de disminución} \right) \right) \right) \times \left[ \text{Factor de tamaño económico} \right]$$

En dicha fórmula, se considera el factor de tamaño económico aparte, como un factor de disminución del componente de afectación.

La jurisprudencia nacional define la capacidad económica desde su finalidad. En efecto, la Corte Suprema ha establecido que:

*“[...] es fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación de la sanción, puesto que es evidente que aquella debe ser estimada al momento de establecer la multa correspondiente, que contiene un factor de proporcionalidad en cuanto a que a mayor patrimonio debiera ser mayor la sanción para así desincentivar el incumplimiento ambiental”*<sup>593</sup>.

<sup>591</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág 74.

<sup>592</sup> CA representa al índice de Componente de afectación de la sanción, el cual junto al cálculo del criterio de beneficio económico suman a lo que equivale la sanción a imponer al infractor. Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 56.

<sup>593</sup> SCS Rol 24.422-2016, considerando 18°.

En el derecho comparado, la OCDE sostiene que el objetivo del presente criterio es evitar que a partir de multas administrativas los infractores se vayan a la quiebra pagando multas que les son materialmente imposible pagar<sup>594</sup>. Sin embargo, establece que el elemento de capacidad de pago encuentra el límite en la seriedad de la infracción, la intencionalidad y la conducta negativa del infractor, anterior y posterior a la infracción, entre otras consideraciones<sup>595</sup>.

Por su parte, Richard Macrory analiza el presente criterio desde la perspectiva de la función preventiva. En ese sentido, arguye que es importante la consideración del tamaño económico del infractor para decidir el importe de la multa en cuanto esta si es un factor que modifica el comportamiento futuro de dicho infractor<sup>596</sup>.

Finalmente, el US EPA establece un modelo denominado “ABEL” para calcular la capacidad económica del infractor. Dicho modelo fue instaurado en 1986, y evalúa las entidades reguladas que reclamen sufrir de incapacidad para cumplir con las multas impuestas<sup>597</sup>. Así, una vez evaluado el infractor, la Administración podrá reducir la multa impuesta.

De este modo, el derecho comparado, al igual que el derecho nacional, entienden la capacidad económica como un criterio que permite sancionar conforme al patrimonio de un infractor. Por razones de igualdad y proporcionalidad no se puede sancionar a un infractor de gran patrimonio, con la misma multa que a un infractor con poco patrimonio. Tanto porque eso podría generar una sanción imposible de resistir para el infractor con poco patrimonio, como también porque puede significar una multa ínfima para el infractor de gran patrimonio.

---

<sup>594</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries. pág 22

<sup>595</sup> Así lo establece la OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries en su pág 22, parámetro que las Bases Metodológicas toman en consideración. Pág. 74

<sup>596</sup> (Macrory, 2006, pág. 30)

<sup>597</sup> Así lo establece la guía para determinar multas administrativas de la OCDE, en el sentido que establece que el modelo ABEL “*evaluates regulated entities’ claims of inability to afford penalties, clean-up costs and/or compliance costs*”. OCDE pág 23.

### **(iii) Tratamiento jurisprudencial.**

La jurisprudencia también ha conceptualizado la capacidad económica, distinguiendo en el tamaño económico del infractor y la capacidad de pago del infractor. No obstante ello, cabe hacer presente que la jurisprudencia suele equiparar el concepto de capacidad económica con el de tamaño económico, distinguiendo solamente la capacidad de pago.

En ese sentido, la jurisprudencia ha reconocido que el tamaño económico del infractor es la base para poder sancionar según el criterio de capacidad económica del infractor. Consecuentemente, los criterios que ha utilizado la jurisprudencia para determinar la capacidad económica han sido los siguientes.

En primer lugar, la jurisprudencia ha señalado que el tamaño económico del infractor está dado por la posibilidad de soportar la sanción, sin que ello desemboque en una paralización de la actividad. Es decir, la sanción no puede ser de tal magnitud, que impida al infractor continuar desarrollando sus operaciones.<sup>598</sup>

En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la capacidad económica se determina por el tamaño de la empresa. En efecto, una empresa de menor tamaño, no puede ser sancionada con una multa idéntica a la de una empresa de mayor tamaño<sup>599</sup>.

En tercer lugar, el tamaño económico del infractor se puede determinar en base a un criterio geográfico. Por un lado, puede determinarse por la ubicación geográfica de los clientes que atiende el infractor<sup>600</sup>. Por el otro, se determina en base al lugar donde el infractor desarrolla sus actividades. En ese sentido, no es posible sostener que una empresa carece de capacidad económica cuando desarrolla sus actividades comerciales en un lugar exclusivo<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> En este sentido: SCA de Santiago Rol N° 10454-2016.

<sup>599</sup> Así lo sostuvieron los siguientes fallos: SCS Rol N° 26651-2015; SCS Rol N° 24422-2016; SCA La Serena Rol N° 492-2017; SCA Iquique Rol N° 168-2015.

<sup>600</sup> En este sentido se encuentra: SCS Rol N° 31.178-2016.

<sup>601</sup> De este modo se resolvió: SCS Rol N° 7.095-2012. Confirma sentencia de SCA de Valparaíso 1.012-2012.

En cuarto lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la capacidad económica se determina en base a la participación que el infractor tiene en un mercado<sup>602</sup>. En caso que el infractor fuere un concesionario de servicio público, este tiene asegurado una rentabilidad alta mediante el cobro de tarifas<sup>603</sup>.

En quinto lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la capacidad económica puede medirse según la dieta u honorarios que el infractor reciba<sup>604</sup>.

Finalmente, la capacidad económica ha de ser medida en los órganos públicos con especial atención a la finalidad que estos cumplen. Así, la sanción pecuniaria ha de ser ponderar de tal forma que *“no afecte la finalidad de asistencia social esencial de la infractora”*<sup>605</sup>.

Respecto a la capacidad de pago, la Corte Suprema la ha definido y a la vez ha sido enfática en sus límites como atenuante, el cual se encuentra en la gravedad de la infracción. En este sentido, la Corte sostuvo:

*“que, la capacidad de pago dice relación con una condición de deficiencia en la situación financiera de la sociedad que le imposibilite o dificulte en gran medida, hacer frente a una sanción sufrida. Pero ello debe asimismo sopesarse con la existencia, significancia y reparabilidad del daño ambiental ocasionado, con el propósito de no facilitar que los titulares de programas en ejecución vean incentivado el incumplimiento ambiental motivado en tratarse de periodos iniciales donde todavía no se verifica el retorno de las inversiones realizadas. En otras palabras, la consideración de la peculiar situación financiera de la actora tiene como coto la protección del patrimonio ambiental y la finalidad de la multa en orden a erigirse como un instrumento eficiente que tienda a disuadir los incumplimientos”*<sup>606</sup>.

---

<sup>602</sup> En ese sentido, las sentencias SCS Rol N° 8.461-2018; SCA Santiago Rol N° 231-2018, confirmada por la Corte Suprema en SCS Rol N° 26.667-2018, y; SCS Rol N° 22.010-2018.

<sup>603</sup> Así lo dispuso: SCS Rol N° 16.476-2018.

<sup>604</sup> De este modo se resolvió en las sentencias: SCS Rol N° 20.380-2018; SCA Santiago Rol N° 1.651-2017.

<sup>605</sup> En este sentido se sostuvo en: SCS Rol N° 24.422-2016.

<sup>606</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 41.815-2016, considerando 63°.

La jurisprudencia ha graduado las multas en circunstancias en que, por ejemplo, aquellas multas puedan dejar en una situación de insolvencia al infractor<sup>607</sup>. Para ello, el infractor ha de acreditar su reducida capacidad de pago, por ejemplo, demostrando su incapacidad de hacer frente a sus obligaciones para con terceros y con la sanción misma<sup>608</sup>. Sin embargo, sólo demostrar la alta capacidad de pago del infractor sin demostrar su tamaño económico no bastan para acreditar la capacidad económica<sup>609</sup>.

Al igual que los criterios anteriores, la jurisprudencia analizada no realiza un análisis de este criterio en base al test de proporcionalidad.

**(d) Intencionalidad en la comisión de la infracción.**

**(i) Regulación normativa del criterio.**

La regulación normativa del presente criterio se manifiesta de dos formas en nuestro ordenamiento. Por un lado, se encuentra regulado por medio del concepto amplio ‘intencionalidad en la comisión de la infracción’. Por el otro, se encuentra regulado a través de los elementos específicos que engloba el presente criterio, por ejemplo, el conocimiento que hubiere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida y el grado de negligencia o el dolo que hubiere mediado en el acto u omisión.

Lo anterior se vislumbra en el siguiente esquema:

	<b>Norma</b>	<b>Texto normativo</b>
--	--------------	------------------------

<sup>607</sup> De este modo se sostuvo en: SCS Rol N° 7.914-2019.

<sup>608</sup> En este sentido: SCS Rol N° 41.815-2016.

<sup>609</sup> Así se sostuvo en: 2TA R-48-2014.



Intencionalidad en la comisión de la infracción	Artículo 40 letra d) de la Ley N° 20.417	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.”
	Artículo 16 inciso 2° letra d) de la Ley N° 18.410	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.”
	Artículo 73 letra b) inciso 2° de la Ley N° 20.529.	“Artículo 73.- La multa aplicada deberá tomar en cuenta [...], la intencionalidad de la comisión de la infracción [...]”.
	Artículo 175 N° 5 del Código de Aguas	“Artículo 175 N° 5.- Una multa de quinto grado a quien, siendo titular actual de un derecho de aprovechamiento de aguas o no, de forma intencional obtenga una doble inscripción de su derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del conservador de bienes raíces, para beneficio personal o en perjuicio de terceros.”
Conocimiento que hubiere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida	Artículo 107 N° 4 del Código Tributario	“Artículo 107.- Las sanciones que el Servicio o el Tribunal Tributario y Aduanero impongan se aplicarán dentro de los márgenes que corresponda, tomando en consideración:  4°) El conocimiento que hubiere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida.”
Grado de negligencia o el dolo que hubiere mediado en el acto u omisión	Artículo 107 N° 7, Código Tributario	“Artículo 107.- Las sanciones que el Servicio o el Tribunal Tributario y Aduanero impongan se aplicarán dentro de los márgenes que corresponda, tomando en consideración:  7°) El grado de negligencia o el dolo que hubiere mediado en el acto u omisión.”

En el derecho comparado, también se ha consagrado este criterio. Así se desprende del siguiente cuadro:

País	Ley	Texto normativo
Estados Unidos,	Environmental Protection Agency, 1984. “Policy on civil penalties”.	<p>Methods for quantifying the benefit and gravity components are explained in the Framework guidance. These methods significantly further the goal of equitable treatment of violators. To begin with, the benefit component promotes equity by removing the unfair economic advantage which a violator may have gained over complying parties. Furthermore, because the benefit and gravity components are generated systematically, they will exhibit relative consistency from case to case. Because the methodologies account for a wide range of relevant factors, the penalties generated will be responsive to legitimate differences between cases. However, not all the possibly relevant differences between cases are accounted for in generating the preliminary deterrence amount. Accordingly, all preliminary deterrence amounts should be increased or mitigated for the following factors to account for differences between cases:</p> <p>Degree of willfulness and/or negligence</p>
Unión Europea	Reglamento general de protección de datos (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo),.	<p>Artículo 83.- Condiciones generales para la imposición de multas administrativas</p> <p>Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.</p> <p>Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:</p>

		<p>c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;</p> <p>d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;</p> <p>f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;</p> <p>h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;</p> <p>[...]</p>
España	Ley Nº 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público	<p>Artículo 29. Principio de proporcionalidad.</p> <p>Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.</p> <p>El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.</p> <p>En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:</p> <p>a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.</p>

	Ley N° 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	Artículo 131. Principio de proporcionalidad. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración
Colombia	Estatuto Tributario de los Impuestos Administrador por la Dirección General de Impuestos Nacionales	Artículo 640.- Aplicación de los principios de lesividad, proporcionalidad, gradualidad y favorabilidad en el régimen sancionatorio. Parágrafo 1°. Habrá lesividad siempre que el contribuyente incumpla con sus obligaciones tributarias. El funcionario competente deberá motivarla en el acto respectivo.
	Ley N° 142/1994 sobre el Régimen de los servicios públicos domiciliarios	Artículo 81.- Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta: 81.2 [...] La multa a imponer a una persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias del régimen de los servicios públicos domiciliarios será de 1 hasta 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta: 2) La persistencia en la conducta infractora; 4) La colaboración del investigado en el desarrollo de las funciones de inspección, control y vigilancia a cargo de la Superintendencia, y, 5) El grado de participación de la persona implicada.
México	Ley Federal de Protección de Datos Personales en	Artículo 65.- El Instituto fundará y motivará sus resoluciones, considerando:

	Posesión de los Particulares	La notoria improcedencia de la negativa del responsable, para realizar los actos solicitados por el titular, en términos de esta Ley; El carácter intencional o no, de la acción u omisión constitutiva de la infracción;
--	------------------------------	--

**(ii) Concepto del criterio.**

Previo a conceptualizar el presente criterio, cabe distinguirlo del principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador. Como ya analizamos, el principio de la culpabilidad en materia Administrativa Sancionadora juega un rol distinto al que juega en el Derecho Penal, ya que, al considerar realizada una infracción, el Órgano Administrativo Sancionador no analiza si el infractor ha incurrido en dicho ilícito con negligencia, culpa o dolo, sino que se configura la denominada culpa infraccional, bastando la mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa del infractor<sup>610</sup>. Cuestión distinta sucede en el análisis del criterio de intencionalidad o culpabilidad del infractor para graduar la sanción, ya que en esta sede sí es relevante si el infractor ha infringido la normativa con negligencia, culpa o dolo en cuanto será dicho elemento volitivo el que graduará y determinará la sanción específica. Así lo reconoce el autor Alejandro Nieto, quien sostiene:

*“Para nuestro Derecho Administrativo Sancionador tradicional (que en este punto se niega a desaparecer del todo) no es necesaria la culpabilidad en sentido técnico penal y basta con la voluntariedad de la acción para hacer responsable al sujeto; pero la culpabilidad no es, sin embargo, irrelevante puesto que su concurrencia aumenta la gravedad de la infracción”<sup>611</sup>.*

Este es un criterio cualitativo y analiza las características del infractor. Según la Real Academia Española, la intencionalidad en sede administrativa se define de la siguiente forma<sup>612</sup>:

<sup>610</sup> (Nieto García, 2017, pág. 325) (Cordero Vega, 2015, pág. 505)

<sup>611</sup> (Nieto García, 2017, pág. 332)

<sup>612</sup> La RAE define la culpabilidad como “*elemento subjetivo o requisito esencial del concepto de infracción administrativa junto con la tipicidad y la antijuricidad que consiste en el juicio de reproche imputable a la conducta del acusado que podría haber actuado conforme a derecho y es necesario realizar para poder sancionarlo*”. Incluso, establece que “*en el Derecho Administrativo Sancionador, la culpa es la manifestación habitual de la*

*“criterio general de graduación de la sanción administrativa, reconocido por la legislación básica estatal y por numerosas leyes sectoriales y autonómicas, aplicado con frecuencia como criterio agravante o atenuante de la responsabilidad en atención a su grado de concurrencia”<sup>613</sup>.*

La doctrina ha definido la intencionalidad desde dos tesis. En primer lugar, desde una tesis amplia, la cual abarca tanto la culpa como el dolo. En segundo lugar, se encuentra la tesis restrictiva, la cual sostiene que la intencionalidad supone sólo dolo.

Desde la tesis amplia, Alejandro Nieto García sostiene que la intencionalidad, *“es factor, en cualquiera de sus modos dolosos o culposos, que actúa sobre la graduación de las sanciones administrativas, o sea, no ya sobre la infracción en cuanto ente jurídico, sino sobre su consecuencia o sanción”<sup>614</sup>.*

En nuestro derecho, la autora Rosa Gómez entrega una definición en el mismo sentido. En efecto, esta autora dispone:

*“la culpa constituye un elemento del tipo infraccional, razón por la cual un grado mayor de intencionalidad (dolo) o de culpa (improcedencia temeraria o negligencia manifiesta), deben ser consideradas como agravantes, adquiriendo un rol clave en la determinación de la sanción específica”<sup>615</sup>.*

No obstante lo anterior, esta autora se aparta del criterio de culpa infraccional ya que sostiene que si la intencionalidad fue considerada para determinar el tipo infraccional, no puede ser tenida en cuenta nuevamente al momento de determinar la extensión de la sanción, incluso aunque la ley contemple expresamente la intencionalidad como criterio de graduación a

---

*culpabilidad y, el dolo, la excepción”*. Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/culpabilidad>> [consulta: 16 de octubre de 2019]

<sup>613</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/intencionalidad>> [consulta: 16 de octubre de 2019]

<sup>614</sup> (Nieto García, 2017, pág. 332)

<sup>615</sup> (Gómez González, 2018, pág. 336)

considerar. Para esta autora, existiría una infracción al principio non bis in ídem si se volviera a considerar la intencionalidad al momento de determinar la sanción<sup>616</sup>.

También dentro de una tesis amplia, Elías Barrientos reconoce que tanto el dolo como la culpa son elementos determinantes para la graduación de la sanción administrativa. En efecto, respecto del dolo, sostiene que éste no recibe aplicación para determinar la comisión de una infracción administrativa ya que *“sólo opera como elemento de graduación de la sanción (agravante)”*<sup>617</sup>. Por su parte, respecto de la culpa, sostiene que el *“baremo o canon utilizado para la graduación es puramente objetivo: la diligencia que de forma abstracta es exigible a las personas en aquella situación”*<sup>618</sup>.

En el mismo sentido, Cristóbal Osorio sostiene que la intencionalidad *“es aquella circunstancia que pretende determinar si el infractor realizó la infracción con dolo o con culpa”*<sup>619</sup>.

Finalmente, la OCDE establece que la intencionalidad de un infractor puede deberse a una infracción intencionada o a una infracción involuntaria pero que, dentro de estos dos escenarios extremos, el grado de la intencionalidad o incluso negligencia pueden ser una razón para aumentar la multa administrativa a imponer<sup>620</sup>. De este modo, para graduar la sanción, la Administración han de considerar variados elementos como, por ejemplo, el control que tenía el infractor sobre la infracción, la previsibilidad de la infracción, si se tomaron precauciones para evitarla, si el infractor sabía o debería haber sabido los peligros asociados que se generarían a partir de la infracción, si el infractor sabía del requisito legal que fue infringido, entre otros.

---

<sup>616</sup> Dicha circunstancia se encuentra regulada en el Código Penal en su artículo 63 estableciéndose que *“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen en delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.”*

<sup>617</sup> (Barrientos Castro, 2019, pág. 59)

<sup>618</sup> (Barrientos Castro, 2019, pág. 61)

<sup>619</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pag. 20

<sup>620</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pag. 20.

Por último, acota que el no conocimiento de la normativa jamás puede ser utilizado como una excusa para incumplir, sino que, el lato conocimiento de esta ha de ser un elemento a considerar para agravar la multa<sup>621</sup>.

Desde la tesis restrictiva, Jorge Bermúdez analiza el criterio de intencionalidad sosteniendo que la infracción cometida con culpa o negligentemente, no agravará la sanción, sino sólo cuando el infractor actúe con voluntad o dolo. Con todo, el autor puntualiza que el análisis del presente criterio es de muy difícil prueba en razón al elemento volitivo considerado en él<sup>622</sup>.

También en una tesis restrictiva, las Bases Metodológicas para determinar las sanciones ambientales definen la intencionalidad en los siguientes términos:

*“La intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho. La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta es mayor, lo cual justifica que esta circunstancia opere como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada”<sup>623</sup>.*

En suma, la dogmática no es pacífica a la hora de determinar si la intencionalidad supone una tesis amplia o una tesis restrictiva, es decir, si la intencionalidad supone una actuación dolosa o culposa; o solamente una actuación dolosa.

Ahora bien, para la mayoría de la dogmática, la intencionalidad ha sido entendida como un criterio determinante para agravar la sanción específica. La excepción a esta regla se encuentra la definición de la Real Academia Española, que considera que la intencionalidad puede tener una función como atenuante.

---

<sup>621</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pag. 20.

<sup>622</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 620)

<sup>623</sup> Bases Metodológicas para determinar las sanciones ambientales. Página 39



### **(iii) Tratamiento jurisprudencial del criterio**

Al igual que la jurisprudencia analizada en los criterios anteriores, no se realiza un análisis de este criterio en base al test de proporcionalidad. Lamentablemente, la jurisprudencia carece de un desarrollo argumentativo propio del triple test de proporcionalidad.

La jurisprudencia también ha discutido cómo debe ser entendida la intencionalidad en su función de criterio de graduación. Al respecto, existe jurisprudencia que ha sostenido una tesis restrictiva, como también existe jurisprudencia que ha sostenido una tesis amplia.

De un lado, la jurisprudencia que ha definido la intencionalidad desde la tesis restrictiva, ha dejado de aplicar este criterio ya que *“tampoco se estableció un actuar doloso de la reclamante, razón por la cual, no correspondía tomar en consideración esta circunstancia en la ponderación de la sanción”*<sup>624</sup>. En efecto, esta jurisprudencia ha dicho que la intencionalidad supone algo más que una conducta culposa, ya que se requiere una voluntad de infringir el ordenamiento jurídico. Así, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia ha definido de manera negativa la intencionalidad. Es decir, ha rechazado la existencia de intencionalidad porque ha considerado que no existe voluntad alguna por parte del infractor en cometer la infracción administrativa por la cual se le sanciona. En este contexto, la jurisprudencia sostuvo que no hubo intencionalidad ante la muerte de un trabajador por una descarga eléctrica, producto de la falta de mantenimiento de una concesionaria<sup>625</sup>. En el mismo sentido, sostuvo que no hubo intencionalidad ante la caída de un árbol en una propiedad privada, producto de una falta de mantenimiento del infractor<sup>626</sup>. También, la jurisprudencia no ha reconocido intencionalidad alguna, ante la interrupción del suministro eléctrico generada por una desconexión en el sistema producto de una labor de mantenimiento<sup>627</sup>. Del mismo modo, ha dicho que no hay intencionalidad cuando se infringen las normas, condiciones y medidas de una RCA, ya que no se acreditó una voluntad manifiesta del infractor en soslayarla<sup>628</sup>.

---

<sup>624</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 25931-2014.

<sup>625</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 783-2013

<sup>626</sup> De este modo se sostuvo en: SCA Santiago Rol N° 2180-2016

<sup>627</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 8799-2012

<sup>628</sup> De este modo, lo resolvió la SCS Rol N° 25931-2014

Sin embargo, también existen casos en que la jurisprudencia ha definido de manera positiva la intencionalidad en términos restrictivos. Es decir, casos en los cuales la jurisprudencia reconoció que hubo una voluntad que buscó infringir el ordenamiento jurídico. De este modo, considero que hubo una conducta consciente al desarrollar un proyecto sin contar con una RCA<sup>629</sup>. También, sostuvo que hubo una conducta deliberada cuando un concesionario no realizó las mediciones por lo cual facturó erróneamente los consumos de los servicios eléctricos<sup>630</sup>. En estas sentencias, la jurisprudencia reconoció una intención manifiesta de querer infringir el ordenamiento jurídico.

Del otro lado, también existe jurisprudencia que ha definido la intencionalidad en términos amplios sosteniendo que *“la intencionalidad es aquella circunstancia que pretende determinar si el infractor realizó la contravención con dolo o culpa”*<sup>631</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que una conducta intencional puede ser una conducta dolosa, pero también culposa. La sanción específica variará en la medida que el infractor haya actuado con culpa o dolo.

Para la jurisprudencia se configura una conducta culposa cuando el infractor tiene un conocimiento preciso de las normas, o debería tenerlo, y su conducta se realiza en contravención a éstas<sup>632</sup>. También, ha sostenido que existe un actuar culposo cuando el infractor no ha demostrado la diligencia debida<sup>633</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido la capacidad de reacción de los infractores como un atenuante a la conducta culposa. De este modo, ha reducido la cuantía de las multas cuando los infractores han podido subsanar su actuar negligente<sup>634</sup>.

---

<sup>629</sup> Así se resolvió en el siguiente fallo: SCS Rol N° 5838-2015; SCS Rol N° 17736-2016. Si bien en este caso último fallo se consideró una conducta dolosa por parte del infractor, la Corte Suprema sostuvo que la intencionalidad suponía tanto una conducta culposa, como también una dolosa.

<sup>630</sup> En ese sentido, SCASantiago Rol N° 6435-2009

<sup>631</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 17736 – 2016,

<sup>632</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 24422-2016; SCS Rol N° 20380 – 2018; 13374-2019

<sup>633</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 14758-2015

<sup>634</sup> En este sentido se pronuncian los siguientes fallos: SCS Rol N° 31556– 2016; SCA Santiago N° 8432-2017.

Finalmente, y diferenciándose de la dogmática, la jurisprudencia ha entendido la intencionalidad como un elemento determinante para reducir la cuantía de las multas ya que así lo ha hecho en diversas sentencias<sup>635</sup>.

**(e) Conducta anterior del infractor.**

**(i) Regulación normativa del criterio.**

El presente criterio es el criterio regulado en mayor cantidad de normas por el legislador en nuestro ordenamiento. Lamentablemente, este criterio no está regulado de forma sistemática. En efecto, este es denominado de diversas formas. Así, en ciertas normas se refiere a este criterio mediante el concepto amplio y genérico de conducta anterior del infractor. En el mismo sentido, el legislador hace referencia a este haciendo alusión a aquel infractor que haya sido sancionado previamente. Por otro lado, en algunas normas se hace referencia a este criterio mediante los conceptos de reincidencia o calidad de reincidente. Finalmente, hay normas que se refieren a este por medio del concepto de la reiteración.

Lo anterior se vislumbra en el siguiente esquema:

	<b>Norma</b>	<b>Texto normativo</b>
Conducta anterior del infractor	Artículo 40 letra e), Ley N° 20.417.	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: e) La conducta anterior del infractor.”
	Artículo 16 inciso 2° letra e), Ley N° 18.410	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: e) La conducta anterior”.
Reincidencia o calidad de reincidente	Artículo 107 n° 1 y 2, Código Tributario	Artículo 107.- Las sanciones que el Servicio o el Tribunal Tributario y Aduanero impongan se aplicarán dentro de los márgenes que corresponda, tomando en consideración: 1° La calidad de reincidente en infracción de la misma especie. 2° La calidad de reincidente en otras infracciones semejantes.

<sup>635</sup> En ese sentido, las SCS Roles N° 31556-2016; 280-2016; 25931-2014; 783-2013; 8799-2012.

	<p>Artículo 33 Nº 2, Ley Nº 18.838</p>	<p>“Artículo 33.- Las infracciones a las normas de la presente ley y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con:</p> <p>2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. [...] En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa.</p>
	<p>Artículo 36 Nº 2, Ley Nº 18.168</p>	<p>“Artículo 36.- Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus 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. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones:</p> <p>2.- Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción. En los demás casos, la multa fluctuará entre 5 y 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción, se podrá triplicar el máximo de la multa.”</p>
	<p>Artículos 60 y 176 letra m) inciso 2º, DFL Nº 30 de 1953</p>	<p>“Artículo 60.- Los concesionarios de recintos de depósito aduanero y los almacenistas habilitados, sus socios, representantes y empleados, quedarán sujetos a la jurisdicción disciplinaria del Director Nacional de Aduanas, en los términos previstos en el artículo 202 de la presente Ordenanza. En estos casos, cuando se aplique multa, su monto máximo será de hasta 200 unidades tributarias mensuales. Si hubiere reincidencia, se podrá aplicar una multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales.”</p> <p>“Artículo 176.- Las infracciones a la presente Ordenanza no comprendidas en los artículos anteriores de este Libro, siempre que no sean constitutivas de los delitos de fraude o contrabando, serán sancionadas con la multa que en cada caso se indica:</p> <p>m) [...]</p>

		Para fijar la multa se deberá atender al monto de los derechos e impuestos involucrados, al número de mercancías no declaradas, al valor de éstas, y además, si se trata de infractores reincidentes;”
	Artículo 108 A, DFL N° 430 de 1991	“Artículo 108 A.- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por reincidencia la reiteración de cualquiera de las infracciones a las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera, cometidas dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que haya quedado ejecutoriada la sentencia condenatoria. En caso de reincidencia, las sanciones pecuniarias y el período de clausura se duplicarán, salvo disposición en contrario”
Haber sido sancionado previamente	Artículo 38 numerales 5) y 7), DL N° 3.538	“Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias: 5) El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización. 7) Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias.”
	Artículo 26 letra c), Ley N° 18.755	“Artículo 26.- 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. En casos en que la multa asignada a una contravención estableciere montos mínimo y máximo, el rango comprendido entre tales extremos se dividirá en dos partes iguales: la mitad superior y la mitad inferior, y la aplicación de la misma se regulará conforme a los siguientes criterios: c) Si se tratare de infracciones que no implican la producción de un resultado determinado, se podrá aplicar la multa en toda su extensión, regulando su cuantía según si el infractor ha sido sancionado anteriormente por otras infracciones a las normas cuya fiscalización le corresponda al Servicio; [...].”
Infractor sancionado por reiteración	Artículo 173 bis n° 3 inciso tercero,	“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la reiteración de la infracción se sancionará duplicando el monto original.”

	Código de Aguas	
	Artículo 14 n° 2, Ley N° 19.937	“Artículo 14.- Tratándose de infracciones cometidas por las entidades acreditadoras, el Intendente de Prestadores de Salud podrá aplicar a la entidad las siguientes sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta o su reiteración: 2.- Multa de hasta 1.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de una misma naturaleza, dentro de un período de doce meses, podrá aplicarse una multa de hasta cuatro veces el monto máximo antes expresado.”

Por consiguiente, el legislador no ha sido coherente en la regulación de este criterio. No queda claro si existe o no diferencia entre los conceptos de reiteración<sup>636</sup> o reincidencia<sup>637</sup>. Así, algunas veces los ha equiparado, estableciendo:

*“se entenderá por reincidencia la reiteración de cualquiera de las infracciones a las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera, cometidas dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que haya quedado ejecutoriada la sentencia condenatoria”<sup>638</sup>.*

En otras ocasiones, el legislador ha optado por definir dichos conceptos según la temporalidad en que se ha de considerar las sanciones previas del infractor. En ese sentido, variados artículos establecen como límite general para considerar infracciones previas a 2 años<sup>639</sup>. Sin embargo, en la mayoría de las normas, el legislador no establece un plazo para considerar las infracciones anteriores a ser consideradas para configurar el elemento de la reiteración o reincidencia<sup>640</sup>.

<sup>636</sup> Definido en el Artículo 57 inciso 2° de la Ley N° 16.395.

<sup>637</sup> Definido en el Artículo 35 del DFL N° 2 de 1996

<sup>638</sup> Artículo 108 A del DFL N° 430 de 1991.

<sup>639</sup> Así lo establecen los siguientes artículos; Artículo 35 del DFL N° 2 de 1996; Artículo 57 inciso 2° de la Ley N° 16.395; Artículo 27 y 28 del DL N° 3.538, y; Artículo 108 A del DFL N° 430 de 1991.

<sup>640</sup> En dicha circunstancia se encuentran las siguientes normas, a saber; Artículo 40 letra e) de la Ley N° 20.417; el Artículo 16 letra e) de la Ley N° 18.410, el artículo 107 numerales 1 y 2 del Código Tributario, artículo 33 numeral 2 de la Ley N° 18.838 y el artículo 36 numeral 2 de la Ley N° 18.168; artículo 60 y 176 letra m) inciso 2° del DFL N° 30 de 1953.

En el Derecho Compravado también se ha regulado este criterio, como se desprende del siguiente cuadro:

País	Ley	Texto Normativo
Estados Unidos	Environmental Protection Agency, 1984. “Policy on civil penalties”.	<p>Methods for quantifying the benefit and gravity components are explained in the Framework guidance. These methods significantly further the goal of equitable treatment of violators. To begin with, the benefit component promotes equity by removing the unfair economic advantage which a violator may have gained over complying parties. Furthermore, because the benefit and gravity components are generated systematically, they will exhibit relative consistency from case to case. Because the methodologies account for a wide range of relevant factors, the penalties generated will be responsive to legitimate differences between cases.</p> <p>However, not all the possibly relevant differences between cases are accounted for in generating the preliminary deterrence amount. Accordingly, all preliminary deterrence amounts should be increased or mitigated for the following factors to account for differences between cases:</p> <p>History of noncompliance.</p>
Unión Europea	Reglamento general de protección de datos	<p>Artículo 83.- Condiciones generales para la imposición de multas administrativas</p> <p>Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.</p> <p>Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:</p> <p>e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;</p> <p>i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el</p>

		<p>encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;</p> <p>j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y</p>
España	Ley N° 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público,	<p>Artículo 29. Principio de proporcionalidad.</p> <p>Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.</p> <p>El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.</p> <p>En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:</p> <p>d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.</p> <p>[...]</p>
México	Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares,	<p>Artículo 65.- El Instituto fundará y motivará sus resoluciones, considerando:</p> <p>La reincidencia.</p>
Colombia	Ley N° 142/1994 sobre el Régimen de los servicios públicos domiciliarios,	<p>Artículo 81.- Sanciones.</p> <p>La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:</p> <p>81.1. Amonestación.</p> <p>81.2 Multas desde 1 hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta:</p>



		<p>2) el factor de reincidencia considerando el año inmediatamente anterior a la fecha de imposición de la sanción; La multa a imponer a una persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias del régimen de los servicios públicos domiciliarios será de 1 hasta 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. El monto de la multa se graduará teniendo en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>2) La persistencia en la conducta infractora;</li> <li>3) El factor de reincidencia considerando el año inmediatamente anterior a la fecha de imposición de la sanción;</li> </ul> <p>[...]</p>
	<p>Estatuto Tributario de los Impuestos Administrador por la Dirección General de Impuestos Nacionales,</p>	<p>Artículo 640.- Aplicación de los principios de lesividad, proporcionalidad, gradualidad y favorabilidad en el régimen sancionatorio.</p> <p>Para la aplicación del régimen sancionatorio establecido en el presente Estatuto se deberá atender a lo dispuesto en el presente artículo.</p> <p>Cuando la sanción deba ser liquidada por el contribuyente, agente retenedor, responsable o declarante:</p> <p>La sanción se reducirá al cincuenta por ciento (50%) del monto previsto en la ley, en tanto concurren las siguientes condiciones:</p> <p>Que dentro de los dos (2) años anteriores a la fecha de la comisión de la conducta sancionable no se hubiere cometido la misma; y</p> <p>Siempre que la Administración Tributaria no haya proferido pliego de cargos, requerimiento especial o emplazamiento previo por no declarar, según el caso.</p> <p>La sanción se reducirá al setenta y cinco por ciento (75%) del monto previsto en la ley, en tanto concurren las siguientes condiciones:</p> <p>Que dentro del año (1) año anterior a la fecha de la comisión de la conducta sancionable no se hubiere cometido la misma; y</p> <p>Siempre que la Administración Tributaria no haya proferido pliego de cargos, requerimiento especial o emplazamiento previo por no declarar, según el caso.</p> <p>Cuando la sanción sea propuesta o determinada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales:</p>

		<p>La sanción se reducirá al cincuenta por ciento (50%) del monto previsto en la ley, en tanto concurren las siguientes condiciones:</p> <p>Que dentro de los cuatro (4) años anteriores a la fecha de la comisión de la conducta sancionable no se hubiere cometido la misma, y esta se hubiere sancionado mediante acto administrativo en firme; y</p> <p>Que la sanción sea aceptada y la infracción subsanada de conformidad con lo establecido en el tipo sancionatorio correspondiente.</p> <p>La sanción se reducirá al setenta y cinco por ciento (75%) del monto previsto en la ley, en tanto concurren las siguientes condiciones:</p> <p>Que dentro de los dos (2) años anteriores a la fecha de la comisión de la conducta sancionable no se hubiere cometido la misma, y esta se hubiere sancionado mediante acto administrativo en firme; y</p> <p>Que la sanción sea aceptada y la infracción subsanada de conformidad con lo establecido en el tipo sancionatorio correspondiente.</p> <p>[...]</p> <p>Parágrafo 2°. Habrá reincidencia siempre que el sancionado, por acto administrativo en firme, cometiere una nueva infracción del mismo tipo dentro de los dos (2) años siguientes al día en el que cobre firmeza el acto por medio del cual se impuso la sanción, con excepción de la señalada en el artículo 652 de este Estatuto y aquellas que deban ser liquidadas por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante.</p> <p>El monto de la sanción se aumentará en un ciento por ciento (100%) si la persona o entidad es reincidente.</p>
--	--	---

**(ii) Concepto del criterio.**

Este criterio es cuantitativo y además un hecho constitutivo de la infracción. La Real Academia Española no define la conducta anterior, reincidencia o reiteración en sede administrativa. No obstante, sí define dichos términos aplicados en sede penal. Así, de un lado, la reincidencia en sede penal se define en los siguientes términos:

*“circunstancia agravante que se aplica si en el momento de cometer un delito el autor está condenado en sentencia firme, ejecutoriamente, por otro delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza que el que se comete, siempre que el antecedente penal no esté cancelado o no sea cancelable. Tampoco se computan los antecedentes penales por delito leve”<sup>641</sup>.*

Del otro, la reiteración en sede penal es definida de la siguiente forma:

*“existencia, en el momento de delinquir el sujeto, de previa comisión de algunos delitos no necesariamente iguales, y sin que la apreciación judicial de los mismos tenga que ser anterior a la comisión del nuevo hecho, sino que basta que sea anterior a la sentencia condenatoria por el nuevo delito”<sup>642</sup>.*

La doctrina también examina el presente criterio a través de estos conceptos, estableciendo que el presente criterio presenta una perspectiva atenuante y una perspectiva agravante. En efecto, Rosa Gómez sostiene que el presente criterio aglutina los siguientes elementos: la reincidencia, la reiteración y la irreprochabilidad de la conducta del infractor. La reincidencia, a su parecer, hace referencia a *“una conducta anterior de tipo negativa”<sup>643</sup>* que afecte a un mismo bien jurídico protegido, la cual puede ser considerada como una circunstancia agravante. Por su parte, la reiteración hace referencia a la *“permanencia o continuidad de la infracción administrativa”<sup>644</sup>*. Por último, la irreprochable conducta implica que existe un *“comportamiento previo positivo del infractor”<sup>645</sup>*, lo cual puede implicar una sanción mínima o reducida.

Respecto al estándar que ha de cumplirse para que se cumpla una conducta previa irreprochable es alto en cuanto *“en la medida que el particular no tenga antecedentes de infracciones previas o que refleje que en procesos de fiscalización anteriores no había sido constatada ninguna contravención”<sup>646</sup>*.

---

<sup>641</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/reincidencia>>, (consulta: 21/10/2019)

<sup>642</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/reiteraci%C3%B3n>>, (consulta: 21/10/2019)

<sup>643</sup> (Gómez González, 2018, pág. 338)

<sup>644</sup> (Gómez González, 2018, pág. 339)

<sup>645</sup> (Gómez González, 2018, pág. 339)

<sup>646</sup> (Gómez González, 2018, pág. 339)

Por su parte, Jorge Bermúdez distingue estos conceptos entre una faz negativa y una faz positiva. La faz negativa es aquella que implica una agravación de la sanción, mientras que la faz positiva, es aquella que implica una atenuación de ésta. En la faz negativa se ha de examinar la reiteración y la reincidencia del infractor, mientras que en la faz positiva se ha de examinar la irreprochabilidad de la conducta del infractor<sup>647</sup>. Respecto a la faz negativa, Bermúdez manifiesta que la reiteración alude a la “*permanencia o continuidad en la comisión del ilícito administrativo*”<sup>648</sup>. A partir de dicha consideración, arguye que la infracción ha de merecer sólo una sanción al constituir prolongación y continuidad de un mismo ilícito. Por el otro lado, establece que la reincidencia mira sanciones pasadas. Sin embargo, manifiesta que el legislador no ha sido claro al momento de regular el presente criterio ya que no ha establecido si se refiere a sanciones que vulneren el mismo bien jurídico o no<sup>649</sup>. Sobre la faz positiva, Bermúdez esgrime que dentro de las consideraciones que puede incluir el órgano administrativo, es la consideración de la colaboración eficaz en el procedimiento, la reparación de los daños, la intachable conducta anterior, entre otros<sup>650</sup>.

Para Cristóbal Osorio la conducta anterior es “*el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha mantenido en el pasado, considerándose específicamente la conducta asociada a la o las entidades fiscalizables que han sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio*”<sup>651</sup>. Osorio sostiene que este criterio ha de tener un plazo determinado para analizar las infracciones anteriores. Al respecto sostiene que dicho plazo debe ser el plazo de prescripción de las sanciones<sup>652</sup>. Finalmente, para este autor esta conducta

---

<sup>647</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 621)

<sup>648</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 621)

<sup>649</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 621)

<sup>650</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 621)

<sup>651</sup> (Osorio, 2017, pág. 873). En esta definición Osorio sigue a las Bases Metodológicas para determinar las sanciones ambientales.

<sup>652</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 877)

puede ser considerada una atenuante o agravante, atendiendo si adolece o no de conductas anteriores de infracciones administrativas<sup>653</sup>.

En el derecho comparado, Richard Macrory examina el presente criterio como agravante y también como atenuante<sup>654</sup>. Para este autor, en caso que se configure este criterio, los Órganos Administrativos Sancionadores, debiendo imponer una multa inferior, han de tener una discrecionalidad tal de poder establecer multas mayores por razones punitivas. Dicha circunstancia la enmarca justamente para aquellos infractores reincidentes que, habiendo sido advertidos y guiados para el cumplimiento de la normativa, estos incurren en una nueva infracción intencionalmente<sup>655</sup>.

Por su parte, la OCDE analiza el presente criterio sólo desde la perspectiva negativa, esto es, el historial de no cumplimiento del infractor<sup>656</sup>. Para ello, precisa variados elementos. Desde luego, establece que una infracción previa es toda acción u omisión ante la cual la autoridad competente haya adoptado medidas formales de ejecución (por ejemplo, declaración de infracción, amonestación escrita, orden de cumplimiento, entre otros)<sup>657</sup>. Asimismo, establece que, existiendo dichas circunstancias, estas sólo han de utilizarse para agravar la sanción<sup>658</sup>. Además, la OCDE sugiere que se deben sopesar al momento de analizar el presente criterio, los siguientes elementos. En primer lugar, la similitud de la infracción en cuestión con las infracciones anteriores. En segundo lugar, el tiempo transcurrido desde la infracción anterior a la nueva infracción. En tercer lugar, el número de infracciones anteriores. Finalmente, la respuesta del infractor a las infracciones anteriores, en cuanto a la prontitud e integridad de su corrección. Adicionalmente, establece que existen diversos elementos que indican que una ‘infracción similar’ fue cometida anteriormente. Así, se ha de examinar si se infringió el mismo permiso o disposición reglamentaria, si la misma sustancia contaminante estaba involucrada –

---

<sup>653</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 873)

<sup>654</sup> (Macrory, 2006, pág. 49)

<sup>655</sup> (Macrory, 2006, pág. 30)

<sup>656</sup> Traducido de “*History of non-compliance*”. OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pág. 21.

<sup>657</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pág. 21

<sup>658</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pág. 22.

en casos ambientales-, si los mismos puntos del proceso tecnológico fueron la fuente de la infracción, y, finalmente, si un acto u omisión similar (por ejemplo, el no almacenar adecuadamente los productos químicos) haya sido la base de la infracción previa<sup>659</sup>. Por último, establece que la sugerencia de ajuste del componente de gravedad de la multa debe ser de hasta un 25% para la primera infracción repetida y de hasta un 50% para otras infracciones similares repetidas<sup>660</sup>.

### **(iii) Tratamiento jurisprudencial del criterio.**

Respecto a los conflictos que se ventilan en la jurisprudencia, estos se concentran principalmente en tres. En primer lugar, comprender qué se entiende por conducta anterior, reiteración y reincidencia. En segundo lugar, el límite que existe con el principio non bis in ídem y el análisis de dichas infracciones previas. En tercer lugar, sobre las características que han de tener las infracciones anteriores, esto es, el tiempo que se ha de considerar y si éstas han de estar firmes o no para ser sopesadas.

Respecto a la conceptualización, la jurisprudencia es variada. A su respecto, cabe precisar que la jurisprudencia está conteste en que el presente criterio es un criterio cuantitativo<sup>661</sup>. Sin embargo, no existe una coherencia sobre la conceptualización del criterio y a qué se refieren cada uno de los términos englobados en este. Así, hay circunstancias en que la jurisprudencia ha distinguido entre la reiteración y la reincidencia. En ese sentido, ésta ha sostenido que la reiteración de una conducta no es lo mismo que la reincidencia “*que exige una sanción o condena anterior por hechos distintos en los que se ha realizado la misma conducta*”<sup>662</sup>. En esa misma línea, variada jurisprudencia manifiesta que la reiteración es la misma conducta realizada de forma constante<sup>663</sup>. Sin embargo, hay jurisprudencia que

---

<sup>659</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pág. 21.

<sup>660</sup> OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries, pag. 21.

<sup>661</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 68.722-2016, considerando 15°.

<sup>662</sup> En ese sentido, SCA San Miguel Rol N° 1.568-2015.

<sup>663</sup> En ese sentido, las SCS Rol N° 9.269-2017; SCA Santiago Rol N° 231-2018 confirmada por la SCS Rol N° 26.667-2018; SCS Rol N° 22.010-2018 y SCS Rol N° 8.416-2018.

manifiesta que la reiteración no es la comisión de lo mismo de forma prolongada, pero que la prolongación de las circunstancias de infracción es preponderante para agravar una sanción<sup>664</sup>.

El conflicto que se genera respecto a los límites que tiene el presente criterio con el principio non bis in ídem también es uno recurrente en la jurisprudencia. Como ya se dijo, el principio non bis in ídem prohíbe castigar dos veces por lo mismo. Así, a contrario sensu de la conceptualización, la jurisprudencia ha sido clara en que la valoración de la reiteración o reincidencia en conductas similares para graduar la sanción no infringe el principio<sup>665</sup>. En efecto, así lo ha explicado la jurisprudencia:

*“[n]o hay en lo absoluto contravención al ne bis in ídem por el hecho de constatarse una situación de reincidencia y determinarse la extensión de la sanción conforme a esa constatación, pues en rigor lo único que se hace es considerar que el reproche actual debe ser más intenso debido a que existió uno anterior que claramente no tuvo la aptitud suficiente para inhibir la realización de la conducta reprochada. Asimismo, la regulación de la cuantía de la sanción respecto de un reincidente en un rango superior a aquella que se imponga a quien no tiene esta calidad resulta ser una consecuencia natural de la reincidencia y no una doble valoración”<sup>666</sup>.*

Finalmente, no existe uniformidad sobre las características que ha de tener la infracción previa para sopesar como reiteración o reincidencia y así agravar la sanción. De un lado, la jurisprudencia ha manifestado que, para considerar hechos como constitutivos de reincidencia o reiteración, la infracción previa ha de estar firme<sup>667</sup>. Sin embargo, en otras circunstancias ha manifestado que, en el caso de la reiteración, para sopesar dicho elemento, la infracción previa no requiere de una sanción previa, pues el sólo hecho de repetir la conducta ilícita, basta para considerarla<sup>668</sup>.

---

<sup>664</sup> En ese sentido SCS Rol N° 68.723-2016.

<sup>665</sup> Al respecto, SCA Santiago Rol N° 321-2018, confirmada por SCS Rol N° 26.667-2018, STC Rol N° 5.018-2018 y SCA Santiago Rol 7.050-2015.

<sup>666</sup> En ese sentido, SCA Santiago Rol N° 321-2018, considerando 6°.

<sup>667</sup> Al respecto, 3TA Rol N° R-6-2014, confirmada por SCS Rol N° 5.838-2015.

<sup>668</sup> Al respecto, SCA San Miguel Rol N° 1.568-2015.

Respecto al tiempo límite para considerar las infracciones previas, cuando la norma nada dice, tampoco hay claridad. La jurisprudencia ha considerado pertinente considerar sanciones de un año atrás<sup>669</sup>, de cuatro años atrás<sup>670</sup>, o incluso ha esgrimido que no existe límite de tiempo<sup>671</sup>.

En otra línea, la jurisprudencia ha establecido que, al sopesar la infracción de hechos similares a infracciones anteriores, o incluso misma infracción, la multa impuesta previamente no es vinculante a la nueva<sup>672</sup>.

Por último, la infracción previa puede haberse impuesto por otro organismo. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha argüido que *“aunque la sanción no se haya aplicado por la SMA, lo fue por un organismo con competencia en materia ambiental por una infracción de esta naturaleza”* por lo que ha de ser considerada. Incluso, la jurisprudencia ha establecido que la infracción previa no tiene por qué haberse sancionado con la misma sanción, es decir, no tiene por qué haber idéntica identidad en las sanciones. De este modo, la sanción previa puede haber constituido amonestación y esta agravar la nueva sanción de multa<sup>673</sup>.

En conclusión, queda manifiesto que no existe uniformidad al definir en qué consisten los términos que engloba el presente criterio y, además no hay una postura conteste de parte de la jurisprudencia en manifestarse sobre cuál es el plazo que ha de transcurrir para considerar las infracciones previas.

Al igual que la jurisprudencia analizada en los criterios anteriores, esta no realiza un análisis en base al test de proporcionalidad.

---

<sup>669</sup> Al respecto, SCS Rol N° 97.737-2016.

<sup>670</sup> En este sentido, SCS Rol N° 33.853-2018.

<sup>671</sup> Al respecto, SCS Rol N° 25.931-2014.

<sup>672</sup> Así se sostuvo en SCS Rol N° 97.737-2016.

<sup>673</sup> De este modo, en SCS Rol N° 24.422-2016.



**(f) Número de personas afectadas**

**(i) Regulación normativa del criterio.**

El legislador no ha sido uniforme a la hora de regular el presente criterio. Por un lado, ha regulado en números<sup>674</sup>, en porcentajes<sup>675</sup> y en unidad indeterminada<sup>676</sup>, la cantidad de afectados por la infracción. Por el otro, en ciertos casos, el legislador ha hecho referencia a un bien jurídico determinado de las personas que puede ser considerado como ‘afectado’. En algunas circunstancias ha regulado la salud de las personas<sup>677</sup>, mientras que, en otras circunstancias, ha regulado la afectación de forma indeterminada<sup>678</sup>.

Lo anterior se vislumbra en el siguiente esquema:

	<b>Norma</b>	<b>Texto normativo</b>
Afectación a la salud	Artículo 40 letra b) de la Ley N° 20.417	“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.”
Concepto de afectación amplia	Artículo 16 inciso 2° letra b) de la Ley N° 18.410	“Artículo 16.- Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias: “b) El porcentaje de usuarios afectados por la infracción.”
	Artículo 11 inciso final, de la Ley N° 18.902	“Artículo 11.- “[...] El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados”.
	Artículos 27, inciso segundo del DL N° 3538	“Artículo 27.- [...] El monto de la multa será determinado prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción. [...]”

<sup>674</sup> En ese sentido, se encuentra el Artículo 40 letra b) de la Ley N° 20.417.

<sup>675</sup> A su respecto, se encuentra el Artículo 16 letra b) de la Ley N° 18.410.

<sup>676</sup> Esta forma regulatoria se encuentra en los Artículos 11 de la Ley N° 18.902; en el Artículo 27 del DL N° 3.538, y; en el Artículo 173 ter del Código de Aguas.

<sup>677</sup> A su respecto, se encuentra el Artículo 40 letra b) de la Ley N° 20.417.

<sup>678</sup> Dicha fórmula amplia de afectación se encuentra presente en los siguientes Artículos: en el Artículo 16 letra b) de la Ley N° 18.410; Artículos 11 de la Ley N° 18.902; en el Artículo 27 del DL N° 3.538, y; en el Artículo 173 ter del Código de Aguas.

	Artículo 173 ter inciso final, del Código de Aguas	“Artículo 173 ter.- [...]Para la determinación del monto de la multa al interior de cada grado, se deberá tener en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: [...] la cantidad de usuarios perjudicados, [...].
--	--	--

No obstante la poca uniformidad de los términos en los criterios, es evidente que el legislador ha hecho referencia a un mismo criterio que ha de sopesarse al momento de graduar la sanción.

En el derecho comparado, también ha sido regulado este criterio, como se desprende del siguiente cuadro:

País	Ley	Texto Normativo
Unión Europea	Reglamento general de protección de datos	<p>Artículo 83.- Condiciones generales para la imposición de multas administrativas</p> <p>Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.</p> <p>Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:</p> <p>a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados [...];</p>
Colombia	Ley N° 142/1994 sobre el Régimen de los servicios públicos domiciliarios	<p>Artículo 81.- Sanciones.</p> <p>La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:</p> <p>81.2. [...]</p>

		Parágrafo 1º. Sobre las multas a las que hace referencia el numeral 81.2 del presente artículo, el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley reglamentará los criterios y la metodología para graduar y calcular las multas. En todo caso la reglamentación del Gobierno Nacional tendrá en cuenta criterios como [...], el número de usuarios afectados, [...].
Ecuador	Ley orgánica de regulación y control del poder de mercado	Artículo 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: c) El alcance de la infracción. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

## (ii) Concepto del criterio.

Según la Real Academia Española, la o el afectado es una *“persona física titular de los datos de carácter personal objeto de tratamiento”*<sup>679</sup>. Por su parte, define a un grupo de afectados como un *“grupo de personas legitimadas para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que ostenten la titularidad de un derecho o interés legítimo”*<sup>680</sup>.

Por su parte, la doctrina ha definido la funcionalidad del presente criterio, distinguiéndolo del criterio de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

Jorge Bermúdez establece que el presente criterio, en materia ambiental, es la prueba que los criterios de graduación analizan más allá del tipo infraccional regulado en la normativa

<sup>679</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/afectado-da>>, (consulta: 17/10/2019)

<sup>680</sup> Real Academia Española, Diccionario Jurídico Español, [en línea] <>, (consulta: 17/10/2019)

sectorial. Así, *“la regla en comento incorpora un criterio que ya no es estrictamente ambiental, sino de salud pública”*<sup>681</sup>.

En el mismo sentido, Rosa Gómez sostiene que el presente criterio es un criterio de agravamiento según el número de personas afectadas, que puede ser considerado en conjunto con el criterio de importancia del daño o peligro ocasionado<sup>682</sup>. Pero, distinguiéndolo de este último, sostiene que el presente criterio introduce el factor numérico de la ponderación o, en otras palabras, lo resalta como un criterio cuantitativo, circunstancia que no se encontraba presente en el criterio antes analizado.

En este sentido, Cristóbal Osorio valiéndose de una sentencia de la Corte Suprema<sup>683</sup>, ahonda en dicha distinción. Así, manifiesta que el presente criterio *“no exige probar que efectivamente se haya afectado la salud de las personas, sino que basta establecer la posibilidad de afectación”*<sup>684</sup>. En otras palabras, se establece que el objeto que analiza el presente criterio no es la comprobación del daño causado a una determinada cantidad de personas, sino que, sopesa el riesgo creado a una masa determinada de personas.

En la misma línea, las Bases Metodológicas ambientales definen el presente criterio como aquel *“criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a)”*<sup>685</sup>. Éstas son enfáticas al establecer que, al menos en materia ambiental, el presente criterio analiza solamente la *“posibilidad de afectación asociada a un riesgo”*<sup>686</sup> dado que el número de personas efectivamente afectadas, es analizado a través del criterio de la importancia del daño causado<sup>687</sup>. Dado lo anterior, estas precisan que dicho

---

<sup>681</sup> (Bermúdez Soto, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, 2014, pág. 618)

<sup>682</sup> (Gómez González, 2018, pág. 333)

<sup>683</sup> SCS Rol N° 25.931-2014

<sup>684</sup> (Osorio Vargas, 2017, pág. 852)

<sup>685</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 35.

<sup>686</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 35.

<sup>687</sup> Lo anterior se encuentra respaldado por el Segundo Tribunal Ambiental, el cual arguyó que:

*“[...] Por otro lado, y dado la literalidad de la circunstancia en comento, se deben excluir de ésta, aquellas situaciones en que efectivamente se produzca una afectación actual a la salud de las personas,*

riesgo es comprendido de forma amplia, no importando si este riesgo es o no significativo, sino que la mera presencia de este basta para sopesar el presente criterio al momento de graduar la sanción<sup>688</sup>. Finalmente, las Bases establecen que el presente criterio se mide a través de estimaciones, las cuales se deben valer de toda la información disponible, ya sean las evaluaciones ambientales realizadas previamente en dicho sector, información pública e incluso información censal<sup>689690</sup>.

### **(iii) Tratamiento jurisprudencial del criterio.**

Por su parte, a través de los casos que se han presentado, la jurisprudencia también ha precisado el concepto del criterio y la forma de analizarlo.

En primer lugar, la jurisprudencia ha manifestado que el número de personas afectadas es, a diferencia del criterio de la relevancia del daño y peligro, un criterio cuantitativo. Así lo sostuvo el Segundo Tribunal Ambiental:

*43°: “Que, la citada circunstancia incorpora una hipótesis de peligro, adicional a aquella establecida en el literal a) del artículo 40 de la LOSMA. La diferencia, en este caso, radica en que la circunstancia contenida en la letra b) del citado artículo 40 se encuentra restringida a un criterio cuantitativo, dado que ésta se refiere estrictamente al número de personas cuya salud pudo afectarse, siendo justamente la cantidad potencial de personas que pudieron verse afectas, lo que deberá considerar la SMA para*

---

*las que deberán ser indefectiblemente ponderadas de conformidad a la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, dentro de la hipótesis de daño causado”.* Rol N° R-76-2015, considerando 43°.

<sup>688</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 35.

<sup>689</sup> Bases metodológicas para determinar las sanciones medio ambientales, pág. 35.

<sup>690</sup> El uso de la información censal fue respaldado por el Tercer Tribunal Ambiental, el cual arguyó que:

*“Que, respecto de la estimación de personas afectadas o en riesgo, este Tribunal entiende la preocupación de ENDESA respecto de la actualización de la información en torno al número de personas que residirían en el sector y los cambios en el entorno producto de los programas de relocalización; no obstante ello, en el diámetro de los 200 m establecidos por la SMA, se encuentran instalaciones públicas (retén de Carabineros), instalaciones comerciales (quioscos), viviendas con residentes, y existen vías públicas para el tránsito peatonal y vehicular, tal y como fue apreciado por este Tribunal durante la inspección personal llevada a cabo en la localidad de Coronel, y que fue decretada como medida para mejor resolver a fs. 933 de autos, por lo que la estimación de la SMA podría estar incluso por debajo del número real de personas que pudiesen ser catalogadas como receptores de ruido. Por todo lo anteriormente considerado, esta alegación será desechada”.* STA Rol N° R-6-2014, considerando 44°.

*su graduación y consecencial incidencia en la determinación de la sanción definitiva. [...]”<sup>691</sup>.*

En segundo lugar, la jurisprudencia se ha pronunciado en que el presente criterio examina la posibilidad de afectación, no poniendo el foco en aquellos que se pudieron ver afectados en concreto, sino en cuantificar todos aquellos a quienes se encontraron en riesgo de dicha afectación. En esa línea se pronuncia el Segundo Tribunal Ambiental, el cual arguye lo siguiente:

*“Que, a juicio del Tribunal, la fundamentación de la SMA en el considerando reproducido, es suficiente, al concluir que, dada la cantidad de personas empleadas en la etapa de construcción –entre 300 y 600-, ‘al menos un trabajador’ pudo verse afectado. Dicha aproximación, que en cualquier caso parece conservadora a la luz del número de personas empleadas, se traduce en el monto de la multa impuesto [...]”<sup>692</sup>.*

Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia se ha concentrado en cuantificar a quienes efectivamente se afectó, ya sea porque se afectó la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio<sup>693</sup> o porque se vendió un número determinado de artefactos tecnológicos sin certificación<sup>694</sup>.

En tercer lugar, el presente criterio gradúa la sanción tanto para agravarlo<sup>695</sup> como para atenuarlo<sup>696</sup>.

---

<sup>691</sup> 2TA Rol N° R-128-2016, en su considerando 43°, estableciendo que. Asimismo, lo han establecido sentencias de la Corte Suprema tales como SCS Rol N° 68.722-2016, considerando 12°; SCS Rol N° 68.723-2016, considerando 15°.

<sup>692</sup> 2TA Rol N° R-128-2016, considerando 46°. Asimismo se ha pronunciado la Corte Suprema en su SCS Rol N° 24.422-2016, considerando 14°; SCS Rol N° 25.931-2014, considerando 1°;

<sup>693</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 68.723-2016.

<sup>694</sup> En ese sentido, SCA Santiago Rol N° 10.454-2015; SCS Rol N° 9.551-2014; SCS Rol N° 97.737-2016, y; SCS Rol N° 68.722-2016.

<sup>695</sup> En ese sentido, STA Rol R-6-2014; STA R-128-2016; SCS Rol N° 68.722-2016; SCS Rol N° 9.551-2014; SCS Rol N° 68.723-2016; SCS Rol N° 24.422-2016, y; SCS Rol N° 25.931-2014.

<sup>696</sup> En ese sentido, SCS Rol N° 97-737-2016 y SCA Santiago Rol N° 10.454-2015.

En cuarto lugar, al igual que el legislador, la jurisprudencia ha utilizado diversas unidades para cuantificar a las personas afectadas. En efecto, la relevancia de la cantidad de personas afectadas es medido en porcentajes<sup>697</sup>, en comunas<sup>698</sup>, en cantidad numérica determinada<sup>699</sup>, en personas afectadas según centrales eléctricas<sup>700</sup> y, en estimativos de número de familias en un sector determinado<sup>701</sup>.

Finalmente, al igual que la jurisprudencia analizada en los criterios anteriores, esta no realiza un análisis en base al test de proporcionalidad.

---

<sup>697</sup> Así lo sostuvieron: SCS Rol N° 68.723-2016 y SCS Rol N° 22.010-2018.

<sup>698</sup> De este modo se sostuvo en: SCS Rol N° 25.931-2014 y SCS Rol N° 68.722-2016.

<sup>699</sup> En este sentido: SCA Santiago, Rol N° 10.454-2015 y STA R-128-2016.

<sup>700</sup> Así se sostuvo en: SCS Rol N° 9.551-2014.

<sup>701</sup> De este modo se sostuvo en: SCS Rol N° 24.422-2016.

## CONCLUSIONES

1. El objetivo de la presente tesis es analizar el control de la sanción administrativa a propósito de los criterios de graduación establecidos por el legislador.

2. Para ello, estudiamos, en primer lugar, la sanción administrativa. La sanción administrativa es parte de la Actividad Material del Estado. Esta se compone de diversos elementos. En primer lugar, de un elemento objetivo, pues es un acto administrativo desfavorable, donde se impone un castigo a un infractor. En segundo lugar, la sanción administrativa posee un elemento antijurídico, ya que la sanción se impone en virtud de una infracción administrativa. En tercer lugar, la sanción se compone de un elemento subjetivo, ya que esta es impuesta por un órgano de la Administración del Estado. En cuarto lugar, la sanción administrativa posee un elemento formal, ya que sólo puede ser impuesta después que se hubiera tramitado un procedimiento administrativo. En quinto lugar, la sanción administrativa debe ser atribuido al responsable de ésta, es decir, quien cometió una inobservancia legal. Finalmente, la sanción administrativa se compone de un elemento teleológico, ya que posee una doble finalidad. De un lado, reprimir una conducta contraria a derecho. Del otro, dar cumplimiento a la política regulatoria de la sociedad y velar por el interés general de la sociedad.

3. La constitucionalidad de la sanción administrativa no ha estado exenta de polémica. Quienes sostienen que la sanción administrativa es inconstitucional, argumentan que nuestra Constitución establece que “*juzgar*” corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley según lo dispone expresamente el artículo 76°. Agregan que el artículo 19 N° 3 de la Constitución consagra el derecho a un juez natural. Como sancionar o castigar es una materia que incumbe a los jueces y no puede ser la misma entidad que sanciona la que también acusa y dirige el proceso. Por ende, cuando la Administración sanciona, estaría actuando como una comisión especial lo cual se encuentra prohibido por esta disposición de la Constitución.



Por otro lado, quienes defienden la constitucionalidad de la sanción administrativa, sostienen, en primer lugar, que nuestra Constitución nunca prohíbe la potestad sancionadora de la Administración. Es cierto que no la consagra expresamente, pero tampoco la prohíbe. Más aún, es posible sostener que a la luz de los artículos 63° N° 14; 63° N° 18 y 65 N° 2 de la Constitución, el legislador puede otorgar potestades sancionadoras a órganos de la Administración. La Constitución solo regula determinadas potestades. Las otras las entrega al legislador. En segundo lugar, en los debates de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, a la luz del análisis del principio de irretroactividad, se redactó el actual artículo 19 N° 3, inciso 8° donde reconoció que existen diversas formas de castigo, siendo la sanción administrativa una de estas formas. En tercer lugar, en el artículo 19 N° 3, la Constitución ha establecido que toda sentencia de “*un órgano que ejerza jurisdicción*” debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Así, tanto por su expresión como en la historia de la ley se desprende que “todo órgano” es un término que incluye también a los tribunales ordinarios y especiales como a las autoridades políticas, gubernativas y administrativas. Por último, existe el precedente de variados órganos privados que ejercen potestades de ordenación o como lo ha llamado la doctrina, “jurisdicción doméstica”. En razón de ello, si éstas tienen dichas facultades sin ser inconstitucionales, coherentemente le cabe a la Administración poder sancionar sin ser esa actividad inconstitucional.

4. La jurisprudencia ha hecho aplicables los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador mediante diversas expresiones. En un primer momento, sostuvo que los principios penales se aplicaban “*por regla general*” al Derecho Administrativo Sancionador<sup>702</sup>. Posteriormente, la jurisprudencia sostuvo que los principios se aplican “*con matices*”<sup>703</sup>. Así, la jurisprudencia ha entendido que las aplicaciones de estos principios no pueden desnaturalizar el procedimiento administrativo sancionador, por lo cual la aplicación de los principios penales no ha de coincidir necesariamente con su aplicación en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

---

<sup>702</sup> STC 244, considerando 9°.

<sup>703</sup> Así, en las STC Rol N° 479-2006; Rol N° 480; Rol N° 725; Rol N° 766; Rol N° 1183; Rol N° 1184; Rol N° 1203; Rol N° 1205; Rol N° 1221; Rol N° 1229; Rol N° 1518 y Rol N° 747.

5. Por su parte, los principios del Derecho Administrativo Sancionador se pueden clasificar en dos. De un lado, los principios sustantivos o materiales, los cuales son aquellos que se manifiestan a través de un conjunto de normas que proporcionan pautas de comportamiento. Estos son: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, prescriptibilidad y proporcionalidad. Del otro, los principios adjetivos o procesales, que son aquellos que garantizan el ejercicio y cumplimiento del derecho sustantivo. Estos son: contradictoriedad, impugnabilidad, procedimiento previo, justo y racional, y non bis in ídem.

6. Los principios del Derecho Penal reciben una aplicación diversa en el Derecho Administrativo Sancionador.

En primer lugar, el principio de legalidad. A diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, no se exige una reserva legal absoluta, ya que existe una flexibilidad de la reserva legal; pero exigiéndosele a la tipificación del núcleo de las materias, para que en rango reglamentario este sea complementado. En segundo lugar, el principio de tipicidad, el que, a diferencia de su aplicación en el Derecho Penal, admite la descripción de conductas genéricas, ya que no exige los mismos grados de especificidad. En tercer lugar, el principio de culpabilidad, el cual, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, postula que la infracción administrativa prescinde de la consideración de la culpa o del dolo con la que se hubiera actuado, siendo solamente relevante el hecho de haber cometido una infracción regulatoria. En cuarto lugar, el principio de prescriptibilidad, el cual tiene la dificultad que no hay una norma general de prescripción para el Derecho Administrativo Sancionador. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron evolucionando hacia la aplicación de las reglas del Código Civil (5 años, art. 2515º). Respecto al principio de irretroactividad, este no presenta mayores diferencias con la aplicación que le entrega el Derecho Penal. Por tanto, las conductas prohibidas, para ser sancionadas, deben estar establecidas antes de su sanción.

7. Respecto de los principios procesales, muchos de estos carecen de una regulación sustantiva, por lo cual han sido aplicados en términos muy similares a los principios penales. En primer lugar, el principio de un proceso previo, justo y racional. En el Derecho Penal existe un cuerpo normativo especializado que regula el proceso penal (Código Procesal Penal), pero el Derecho Administrativo Sancionador no contempla una norma especial que regule el procedimiento administrativo sancionador, por lo cual se aplica la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N.º 19.880), sin perjuicio de lo que establezcan leyes especiales. En segundo lugar, el principio de contradictoriedad también presenta la ausencia de una regulación sistemática de normas. Sin embargo, se han ido consagrando mayores garantías y derechos para quienes infringen una regulación, acercando estas garantías a las existentes en el Derecho Penal. También se aplica la Constitución Política directamente; y la Ley N.º 19.880. Respecto al principio de impugnabilidad, es posible recurrir en sede administrativa contra la aplicación de una sanción. Finalmente, el principio non bis in ídem, se encuentra reconocido en el Derecho Administrativo Sancionador en algunas leyes especiales; pero no existe una regla que determine la preferencia o prelación de sanciones en caso de que un mismo hecho sea constitutivo de una pena y a la vez de una sanción administrativa.

8. Posteriormente, se definió la sanción administrativa como un acto discrecional por las siguientes razones. En primer lugar, porque la Administración tiene una discrecionalidad de elección, que le permite elegir entre diverso tipo de sanciones administrativas para aplicar ante una infracción administrativa. En segundo lugar, porque la Administración tiene un amplio margen para decidir el importe específico de la sanción, en base a criterios que el legislador establece.

9. Consecuentemente, analizamos la forma de controlar la discrecionalidad distinguiendo en las formas tradicionales y las formas nuevas.

Así, para controlar los actos discrecionales, hay que distinguir entre sus elementos definidos con detalle y los otros que no tanto. Los primeros son los elementos reglados de una potestad. Los otros son los elementos discrecionales.

La discrecionalidad significa que la ley le entrega libertad en la elección de opciones a la Administración. La potestad discrecional se opone a la potestad reglada. Esta es la potestad administrativa que se encuentra regulada de forma exhaustiva en todas las condiciones del ejercicio de la misma, donde la Administración es un mero ente ejecutor de la ley.

10. Adicionalmente, la discrecionalidad posee diversas características. Desde luego, no es global o completa, sino que algunos de los elementos de la potestad son discrecionales y otros son reglados. En ese sentido, la discrecionalidad es un reconocimiento de libertad explícito que el legislador le ha hecho a la Administración para que complete su regulación. Finalmente, la discrecionalidad supone que la Administración puede elegir entre múltiples soluciones, todas igualmente válidas o jurídicamente equivalentes.

11. Distinta a la discrecionalidad son los conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, los conceptos jurídicos pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros son aquellos que determinan la realidad de manera objetiva. En cambio, los segundos son aquellos cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.

Así, los conceptos jurídicos indeterminados, se diferencian de la discrecionalidad, porque los primeros, exigen una solución única, mientras que la discrecionalidad, permite una pluralidad de decisiones correctas.

12. En relación al control de la discrecionalidad, podemos distinguir entre un control general y un control especial. El primero, se refiere a los diversos medios de impugnación de actos

administrativos. El segundo, es el conjunto de mecanismos de impugnación que se encuentra contemplado en normativa sectorial para el control de los actos administrativos sancionadores.

13. Asimismo, el control de la discrecionalidad puede ser tanto general o especial, como judicial o administrativo.

A su respecto, se ha discutido el alcance del control judicial. En España, se han sostenido dos posturas. De un lado, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se manifiestan a favor del control judicial integral. En sentido contrario, Luciano Parejo y Miguel Sánchez Morón sostienen que los jueces solo pueden realizar un control de legalidad.

Por el otro lado, en Chile, la jurisprudencia ha ido variando en el tiempo. En un primer momento, sostuvo que se encontraba facultada para revisar la sanción administrativa y controlar su monto. Sin embargo, posteriormente, la Corte Suprema ha dictado diversas sentencias donde sostiene que sólo puede controlar la legalidad del acto, pero no puede reemplazarlo.

14. La discrecionalidad es difícil de controlar, porque implica fiscalizar el margen de opción que el legislador ha encargado a la Administración. Dicho margen no puede ser revisado por instancias judiciales. Por lo mismo, se debe buscar una forma indirecta de hacer este control, que permita llegar a ese margen por otro camino.

Una de las formas tradicionales de controlar la discrecionalidad ha sido por medio del control de los elementos reglados del acto administrativo. La discrecionalidad, al ser una potestad atribuida por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución. Para controlar los elementos reglados del acto administrativo es necesario revisar sus elementos. La importancia de distinguirlos

radica en que asociado a esos elementos se construyen los vicios del acto administrativo, controlables por la por medio del control de la sanción administrativa.

En efecto, los elementos del acto administrativo se clasifican en tres. En primer lugar, están los elementos subjetivos. Se denominan así porque atienden al sujeto de la Administración que los dicta. Estos elementos son: la competencia y el agente público. Los vicios asociados a estos elementos son: el exceso o abuso de poder y el vicio de investidura.

En segundo lugar, están los elementos objetivos del acto. A diferencia de los elementos anteriores, estos no atienden al sujeto de la Administración que los dicta, sino al acto propiamente tal. Estos elementos son: el objeto, la causa o motivo y el fin. El objeto es la declaración emitida por la Administración. El vicio asociado a este elemento es la violación de ley. Por su parte, la causa o motivo son las circunstancias concretas que explican la dictación del acto administrativo. Este elemento puede adolecer de tres vicios: el error material, el error de hecho y el error de derecho. Respecto del fin, este es el interés público para cuya satisfacción el ordenamiento le ha conferido una potestad a la Administración. El vicio asociado a este elemento es la desviación de poder o desviación de fin.

Finalmente, se encuentran los elementos formales del acto. Estos son: el procedimiento y las formas externas de manifestación del acto. Los primeros consisten en la falta o ausencia de un trámite del procedimiento administrativo. Los segundos apuntan a la omisión de ciertas formalidades del acto. La regla general es que los vicios formales no afecten la validez del acto administrativo, salvo que recaiga sobre un elemento esencial del acto o produzca un perjuicio al interesado produciendo una afectación al derecho a defensa del interesado.

15. Dentro del control por medio de los elementos reglados del acto administrativo, existen distintas técnicas. La primera técnica es el control por desviación de poder o desviación de fin.

Este se produce, cuando el acto administrativo persigue fines privados, o persigue un fin público distinto al que correspondería perseguir.

Una segunda técnica es el control mediante los hechos que habilitan el empleo de la potestad. Un acto administrativo carece de base legal cuando ha sido motivado por hechos que no se han producido o por hechos mal calificados por ser materialmente inexactos. El juez deberá realizar una comprobación empírica para verificar que los hechos se hayan producido en los mismos términos que aparecen descritos en el procedimiento administrativo.

16. Una forma distinta de controlar la discrecionalidad de la sanción administrativa, es mediante los principios generales del derecho. Los principios generales del derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales, es decir, son normas fundamentales y generalísimas de nuestro sistema. A diferencia del control por medio de los elementos reglados, en los principios generales del derecho, el juez analiza la decisión de la Administración para encontrar una explicación objetiva que se exprese en un principio general. El juez verifica que el acto administrativo respete los valores esenciales de nuestro ordenamiento.

17. Dentro de los principios generales de derecho, se encuentra, en primer lugar, el principio de razonabilidad. Este permite determinar si el acto ha sido dictado de forma arbitraria, irracional, o por el sólo capricho del funcionario encargado de su dictación. En segundo lugar, se encuentra el principio de igualdad. Este permite que se adopten diferenciaciones, siempre que tengan una base razonable. En tercer lugar, está el principio de buena fe. Este significa una apariencia de juricidad que envuelve el actuar de la Administración, al generar una confianza en los sujetos. En cuarto lugar, está el principio de seguridad jurídica. Este se define como el requerimiento de toda sociedad moderna de desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certezas a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y deberes. En quinto lugar, está el principio de confianza legítima. Este principio exige la estabilidad y previsibilidad de las decisiones de la Administración, generando una pauta de conducta para los administrados.

18. Otro principio general del derecho que permite controlar la sanción administrativa, es el principio de proporcionalidad. Este principio permite determinar si la intensidad de una actuación estatal, es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin. Es un principio que vincula a todos los poderes públicos. Respecto del Poder Judicial, el principio de proporcionalidad constituye un parámetro de control más, donde el juez realiza un control negativo, eliminando aquellos actos que transgreden este principio.

19. El principio de proporcionalidad proviene de la Teoría de los Derechos Fundamentales escrita por el profesor Robert Alexy. Este profesor distinguió entre principios y reglas. Los primeros, son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferentes grados. Los segundos, son normas que pueden ser cumplidas o no, es decir, no hay una graduación de su cumplimiento.

El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad; el subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. El subprincipio de idoneidad, significa que toda intervención en los derechos fundamentales, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por su parte, el subprincipio de necesidad regula que toda medida de intervención sea la más benigna con el derecho intervenido. Finalmente, el subprincipio de principio de proporcionalidad en sentido estricto examina el grado de intensidad con que un principio es perjudicado con el fin buscado por la regulación. Estos elementos configuran el “*test de proporcionalidad*”.

20. En el derecho comparado, el principio de proporcionalidad no ha sido consagrado de manera uniforme. De un lado, existen países que consagran el principio de proporcionalidad de forma expresa. En este grupo se encuentra España, la Unión Europea, Canadá. En Latinoamérica está: Perú, Colombia, Bolivia, Uruguay, Costa Rica y México. También, existen países que tienen una consagración discutida de este principio. En este grupo se encuentra Alemania,



Estados Unidos, Israel. Finalmente, existen países que no consagran expresamente el principio de proporcionalidad. En este grupo se encuentra Francia, Holanda, Reino Unido. En Latinoamérica está: Argentina, Cuba y Brasil.

21. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad presenta diversas manifestaciones. Estas se manifiestan en el Derecho Constitucional, en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo.

El Derecho Constitucional reconoce el principio de proporcionalidad en dos vertientes. Por un lado, recoge el principio de proporcionalidad como una garantía genérica y, por el otro lado, como un principio en derechos concretos<sup>704</sup>. Respecto a su consagración genérica, este se desprende de las bases de un Estado de Derecho, de la prohibición a la arbitrariedad (artículo 19 N° 2) y la garantía normativa de no perturbar la esencia de los derechos consagrados (artículo 19 N° 26). Por el otro lado, se encuentra consagrado respecto a la garantía de un debido proceso (artículo 19 N° 3) y a la prohibición de establecer tributos desproporcionados (artículo 19 N° 20).

En el Derecho Penal, el principio de proporcionalidad supone un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos. Esto se manifiesta en dos vertientes. Por una parte, en el momento de la individualización legal de la pena, es decir, cuando la proporcionalidad es abstracta. Por la otra, en el momento de la aplicación judicial de la pena, es decir, cuando la proporcionalidad es concreta.

En el Derecho Administrativo la proporcionalidad recibe aplicación de tres formas. En primer lugar, hay una vertiente normativa, de manera que las disposiciones generales que establezca la Administración deben determinar medidas que sean proporcionales a los fines que

---

<sup>704</sup> A su respecto: STC Rol N° 2365-2012; STC Rol N° 2922-2015; STC Rol N° 2983-2016; y, STC Rol N° 4610-2018.

esta busca. En segundo lugar, al momento de su aplicación, por lo que los actos concretos, sean individuales o generales, deben respetar este principio. Finalmente, el principio de proporcionalidad se aplica al momento de controlar el ejercicio de las potestades administrativas, principalmente, mediante la jurisdicción ejercida por los jueces. Como se dijo, en esta vertiente, la aplicación del principio de proporcionalidad es negativa.

22. Para realizar un correcto control, entonces, de acuerdo al principio de proporcionalidad, los jueces deben aplicar el triple test de proporcionalidad. Este test permite un mayor desarrollo argumentativo, ya que la Administración deberá explicar los medios, fines, hechos y el equilibrio entre todos ellos. Esto genera lo que Robert Alexy denominó la regla de prevalencia condicionada, esto es, cada vez que se aplica el principio de proporcionalidad en su vertiente de control, se crea una nueva regla que la Administración deberá tener en cuenta al momento de ejercer sus potestades. De este modo, se concreta la función fiscalizadora y directora que tiene el principio de proporcionalidad.

23. Ahora bien, como una manifestación del principio de proporcionalidad, en el Derecho Administrativo Sancionador, el legislador ha establecido parámetros objetivos que determinan las multas que puede imponer la Administración, para facilitar tanto la imposición misma de la sanción como su control judicial. Establecidos dichos parámetros, estos devienen en límites obligatorios para la Administración por lo que, si son transgredidos, el acto administrativo es anulable.

24. El legislador ha establecido dichos parámetros bajo dos modalidades. La primera de estas fórmulas ha sido clasificar las sanciones, esto es, establecer escalones de gravedad en donde encontramos infracciones o sanciones leves, graves y gravísimas, asociando así distintos rangos de montos de las multas. En nuestro país se han utilizado dos modelos de márgenes. De un lado, están aquellas normas que regulan un rango de infracción estableciendo mínimos y máximos. Del otro, están aquellas normas que sólo regulan el máximo que puede imponerse, es decir, establecen un límite.

25. La segunda formula es mediante los criterios de graduación de la sanción administrativa. Los criterios de graduación se aplican una etapa final de determinación de la multa específica para justamente graduar y determinar la sanción. Los criterios han sido reconocidos en diversos cuerpos legales, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado.

Asimismo, estos criterios han sido desarrollados por diversas Bases Metodológicas. Estas son autorregulaciones de la propia Administración, donde se establecen orientaciones generales que condicionan el ejercicio del procedimiento sancionatorio. Las Bases Metodológicas tienen diversas características: son propias de la potestad discrecional de la Administración; son de carácter general; son guías que tienen un carácter interpretativo; son de carácter interno ya que van dirigidas a sus propios funcionarios; finalmente, las Bases no son oponibles a terceros, pero igualmente tienen efectos sobre los regulados.

En nuestro sistema existen diversas Bases Metodológicas. Algunas regulan en forma extensa a los criterios de graduación (Bases Metodológicas para determinar sanciones pecuniarias ambientales). Otras, solamente mencionan los criterios de graduación pero no los desarrollan. (Guía del Instituto de Salud Pública; Circular N° 93 de la Dirección del Trabajo; Tipificador de Hechos Infracionales y Pauta para aplicar Multas Administrativas también de la Dirección del Trabajo; Bases Metodológicas de la Superintendencia de Educación Escolar; Guía de la Superintendencia de Valores y Seguros; finalmente, Circular N° 1 del Servicio de Impuestos Internos).

26. La doctrina ha definido los criterios de graduación en base a los siguientes elementos. En primer lugar, los criterios de graduación son un límite la potestad discrecional de la Administración. En segundo lugar, la finalidad de los criterios de graduación es garantizar una adecuada proporcionalidad entre la infracción y la sanción, indicándole a la Administración la forma de conseguir dicho objetivo. En tercer lugar, estos criterios deben ser considerados obligatoriamente al momento de determinar una sanción específica, es decir, su aplicación no

es facultativa, sino que es imperativa. Finalmente, la doctrina resalta la certeza jurídica que estos criterios entregan a los particulares. Por su parte, la jurisprudencia reitera estos elementos, pero agrega que los criterios de graduación son una garantía del debido proceso.

27. Los criterios de graduación tienen las siguientes características: tienen un rango legal; los criterios de graduación son una forma concreta de ejercer el principio de proporcionalidad; son conceptos jurídicos indeterminados; son vinculantes, ya que la Administración no puede evitar cuantificarlo el valor final de la multa en el caso concreto; no son elementos del tipo; son tanto atenuantes como agravantes; finalmente, no pueden configurar una infracción al principio non bis in ídem.

28. Los criterios de graduación pueden clasificarse de diversa forma: entre aquellos que son cualitativos y aquellos que son cuantitativos. Los primeros, analizan los contextos estructurales y situacionales de la infracción misma. Los segundos, analizan las variables cuantificables y determinables de forma exacta.

También, los criterios se clasifican en aquellos que son hechos constitutivos de la infracción y en aquellos que miran las características del infractor. Los primeros, se refieren a circunstancias de la infracción. Los segundos, analizan las características del infractor en abstracto y en la infracción.

Finalmente, los criterios se clasifican en aquellos que son genéricos y en aquellos que son específicos para un sector regulado. Los primeros, son aquellos que se encuentran transversalmente en todos los sectores regulados. Los segundos, son aquellos criterios que atienden a las particularidades del sector regulado.

29. En concreto, los criterios de graduación operan de una forma determinada. En primer lugar, los criterios de graduación son una guía, tanto para la Administración como para el control judicial. En segundo lugar, estos se deben analizar en toda la graduación de las infracciones, es decir, tanto en infracciones leves, en infracciones graves y en infracciones gravísimas. Finalmente, los criterios se analizan por sí solos. Estos no son copulativos, pues depende del caso cuáles deberán ser sopesados y cuáles se descartarán de dicho proceso.

30. Respecto a su exigencia, los criterios de graduación son un imperativo constitucional<sup>705</sup>. En el caso Cascada<sup>706</sup>, se presentaron diversos recursos de inaplicabilidad del artículo 29º del DL N° 3538/1980, argumentando que no entregaba suficientes parámetros que dieran certeza y permitieran predeterminar el quántum sancionatorio. Estos requerimientos fueron acogidos.

El voto de mayoría sostuvo que el principio de proporcionalidad exige la posibilidad de pronosticar la sanción que se impondrá, por lo cual debe haber cierta predictibilidad entre el incumplimiento y la sanción que se impondrá. Por su parte, el voto de minoría sostuvo que el Tribunal Constitucional no puede inmiscuirse en el sistema de proporcionalidad que el legislador haya establecido. La Administración y el juez solamente determinan la sanción concreta, pero el sistema lo establece el legislador, por lo cual no es posible exigir criterios de graduación cuando el legislador no lo ha hecho.

La doctrina tuvo diversas reacciones frente a estas sentencias. Algunos profesores respaldaron esta jurisprudencia, considerando necesario que existan elementos que permitan determinar o predecir la sanción administrativa. Para ellos, debe existir espacio para la discrecionalidad administrativa, pero a la vez este espacio debe estar limitado por criterios de graduación previamente establecidos por el legislador. Otros profesores, criticaron estas sentencias, sosteniendo que la sanción administrativa puede ser determinada sin que existan

---

<sup>705</sup> En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, a saber: STC Rol N° 2658-2014, caso previo al Caso Cascada.

<sup>706</sup> STC Rol N° 2922-2015; STC Rol N° 3014-2016; STC Rol N° 3542-2017; STC Rol N° 3684-2017; STC Rol N° 3575-2017; y, 3236-2016.

criterios de graduación, por los cual la ausencia de estos parámetros no significa la inconstitucionalidad de la norma. Para estos profesores, un amplio margen de discrecionalidad permite a la Administración ejercer de mejor manera sus atribuciones.

31. En lo concerniente a los criterios de graduación en concreto, los más establecidos por el legislador en las leyes sectoriales son: la importancia del daño causado, del peligro ocasionado o gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la capacidad económica; la intencionalidad en la comisión de la infracción; la conducta anterior del infractor; y el número de personas afectadas.

32. El primer criterio abordado es la importancia del daño o peligro ocasionado. Este es un criterio cualitativo y constitutivo de la infracción. Este criterio tiene diversos componentes. Por una parte, abarca los conceptos de daño y peligro. Por la otra, incorpora el concepto de importancia o gravedad de estos daños o peligros. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han centrado en la definición de la importancia, sin desarrollar mayormente los conceptos de daño y de peligro.

En efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversos casos sobre este criterio. En estos casos, ha debido analizar tanto la perspectiva del daño<sup>707</sup>, el peligro ocasionado<sup>708</sup>, como de otras circunstancias particulares<sup>709</sup>. Además, la jurisprudencia no ha sido uniforme a la hora de tratar la distinción entre el daño y el peligro. En algunas sentencias se ha reconocido la

---

<sup>707</sup> Casos donde hay daño, en los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a la importancia: SCS Rol N° 18460-2015; SCS Rol N° 783-2013; SCS Rol N° 8432-2017; SCS Rol N° 68722-2016; SCA Valparaíso Rol N° 2329-2016; SCS Rol N° 11.444-2014. SCS Rol N° 20380-2018; SCA Santiago Rol N° 1651-2017; SCS Rol N° 7560-2015; SCS Rol N° 24170-2014.

<sup>708</sup> Casos donde hay peligro, en los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a la importancia: SCS Rol N° 33853-2017; SCS Rol N° 5110-2016; SCS Rol N° 68223-2017; SCS Rol N° 11111-2011; SCS Rol N° 5204-2015; SCA Santiago Rol N° 713 – 2018; SCS Rol N° 7914-2019; SCS Rol N° 17736-2016.

<sup>709</sup> Casos donde hay suspensión de un servicio público, en los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a la importancia: SCS Rol N° 16477-2018; SCS Rol N° 97737-2016; SCS Rol N° 9551-2014; SCS Rol N° 31556-2014; SCS Rol N° 1498-2013; SCS Rol N° 7914-2019 SCS Rol N° 16477-2018; SCS Rol N° 26475-2018; SCS Rol N° 16476-2018; SCS Rol N° 31178-2017; SCS Rol N° 8416-2016; SCS Rol N° 68712-2016; SCS Rol N° 5110-2016; SCS Rol N° 1498-2013; SCS Rol N° 97737-2016; SCA Talca Rol N° 3229-2016.

diferencia entre el daño y el peligro<sup>710</sup>, arguyendo que el primero, no es una mera probabilidad, sino que es una situación que se concretó, mientras que, el segundo no ha logrado materializarse. Sin embargo, hay casos en que la jurisprudencia no ha distinguido estas diferencias<sup>711</sup>.

32. El segundo criterio regulado en nuestras leyes es el beneficio económico. Este es un criterio cuantitativo, que se define como toda aquella ganancia obtenida producto de la comisión de la infracción administrativa.

El objetivo principal de este criterio es cumplir con un fin preventivo, para que al infractor no le sea más conveniente cometer una infracción, que cumplir con la regulación. Ahora bien, la doctrina ha establecido límites respecto de los beneficios económicos que deben ser reparados, por ejemplo, estableciendo que no procede que el infractor responda respecto de beneficios imprevistos.

Por su parte, las Bases Metodológicas para determinar las sanciones pecuniarias ambientales han realizado un importante aporte, al clasificar los beneficios económicos en costos retrasados; costos evitados; ganancias anticipadas y ganancias adicionales.

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido ciertos lineamientos para comprender el concepto<sup>712</sup>, clasificando sus criterios en estas mismas categorías entregadas por la doctrina y

---

<sup>710</sup> SCA de Santiago, Rol N° 9.459-2016, considerando 4°. En el mismo sentido SCS Rol N° 26.475-2018, considerando 6°; SCS Rol N° 17736-2016, considerando 4°.

<sup>711</sup> SCS Rol N° 33.853-2017, considerando 10°; SCS Rol N° 7914-2019, considerando 8°; SCS Rol N° 9737-2016, considerando 17°.

<sup>712</sup> En ese sentido: SCS Rol N° 24.422-2016, 3TA. Rol N° 6 – 2014. Sentencia confirmada por la SCS Rol N° 5838-2015, STC Rol N° 3.542-2017, considerando 14°; STC Rol N° 3.575-2017, considerando 14° y 3.684-2017 en su considerando 14°.

las bases<sup>713</sup> e incluso pronunciándose de casos particulares<sup>714</sup>. Además, respecto a la finalidad disuasoria de este criterio, la jurisprudencia ha destacado el problema de establecer límites regulatorios sin una cláusula habilitante para eliminar el beneficio económico obtenido ante una infracción de un sujeto regulado<sup>715</sup>.

33. El tercer criterio abordado por el legislador sectorial, es la capacidad económica. Este es un criterio cuantitativo que se define como el conjunto de negocios jurídicos, actos o hechos susceptibles de ser sometidos a gravamen por poner de manifiesto dicha capacidad y que debe ser definida por la ley en el hecho imponible de los tributos y en particular de los impuestos.

La doctrina ha definido este criterio en base a su finalidad, que es la búsqueda de igualdad y no discriminación, para que se impongan idénticas sanciones a quienes tienen similares patrimonios cuando cometen las mismas infracciones. Además, este criterio también busca evitar que a partir de multas administrativas, los infractores se vayan a la quiebra pagando multas que les son materialmente imposibles de pagar.

Las Bases Metodológicas para determinar las sanciones pecuniarias ambientales reconocen dos elementos a la capacidad económica. De un lado, el tamaño económico del infractor. Del otro lado, las Bases sostienen que la capacidad económica se compone de la capacidad de pago.

---

<sup>713</sup> En ese sentido, ha resuelto destacando los costos retrasados: 3TA R -6-2014, confirmada por la SCS Rol N° 5.838-2015; 3TA R-4-2016, confirmada por la SCS Rol N° 5.838-2015; los costos evitados: SCA Punta Arenas Rol N° 253-2016; SCA Punta Arenas Rol N° 120-2017; SCA Santiago, Rol N° 713-2017; SCS Rol N° 17.736-2016; SCS Rol N° 16476-2018; SCS Rol N° 6979-2017; SCS Rol N° 97737-2016; SCA Valparaíso Rol N° 2329-2016; SCA Valparaíso Rol N° 1661-2015, y; SCS Rol N° 22.010-2018; SCS Rol N° 8437-2017; SCS Rol N° 97737/2016; SCA Talca Rol N° 3229-2016: SCS Rol N° 13374-2019: SCS Rol N° 5.838-2015; las ganancias anticipadas: SCA Santiago Rol N° 9.459-2016, y las ganancias adicionales: SCS Rol N° 38.340-2016; SCS Rol N° 15.537-2018; SCA Santiago Rol N° 10.454-2015.

<sup>714</sup> Casos de órganos sin fines de lucro: SCS Rol N° 24.422-2016, considerando 15°.

<sup>715</sup> En ese sentido, 3TA Rol N° R-6-2014. Confirmado por la SCS Rol N° 5.838-2015.



La jurisprudencia ha recogido los elementos establecidos en las Bases, conceptualizado la capacidad económica<sup>716</sup>, distinguiendo en el tamaño económico del infractor y la capacidad de pago del infractor<sup>717</sup>. No obstante, la jurisprudencia suele equiparar el concepto de capacidad económica con el de tamaño económico, distinguiendo solamente la capacidad de pago<sup>718</sup>, ya que ha reconocido que el tamaño económico del infractor es la base para poder sancionar según el criterio de capacidad económica del infractor.

36. El cuarto criterio que establece el legislador sectorial, es la intencionalidad. Este es un criterio cualitativo, que permite determinar la multa específica en base al grado de culpabilidad o dolo con que se hubiere actuado. Se diferencia con el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, el cual se rige por la culpa infraccional para que se configure la infracción administrativa, independientemente del grado de culpa o dolo con que se hubiere actuado.

La doctrina ha definido la intencionalidad desde dos tesis. En primer lugar, desde una tesis amplia, la cual abarca tanto la culpa como el dolo. En segundo lugar, se encuentra la tesis restrictiva, la cual sostiene que la intencionalidad supone sólo una actuación dolosa.

---

<sup>716</sup> SCS Rol 24.422-2016, considerando 18°.

<sup>717</sup> Criterios para determinar el tamaño económico o capacidad económica: según la capacidad de soportar la sanción; SCA de Santiago Rol N° 10454-2016; según el tamaño de la empresa; SCS Rol N° 26651-2015; SCS Rol N° 24422-2016; SCA La Serena Rol N° 492-2017; SCA Iquique Rol N° 168-2015; según el criterio geográfico: SCS Rol N° 31.178-2016; SCS Rol N° 7.095-2012, que confirma sentencia de SCA de Valparaíso 1.012-2012; según la participación en el mercado: SCS Rol N° 8.461-2018; SCA Santiago Rol N° 231-2018, confirmada por la Corte Suprema en SCS Rol N° 26.667-2018, y; SCS Rol N° 22.010-2018; SCS Rol N° 16.476-2018; según la dieta u honorarios del infractor: SCS Rol N° 20.380-2018; SCA Santiago Rol N° 1.651-2017; según la finalidad que cumplan; SCS Rol N° 24.422-2016.

<sup>718</sup> SCS Rol N° 41.815-2016, considerando 63°; SCS Rol N° 7.914-2019; SCS Rol N° 41.815-2016; 2TA R-48-2014.

La jurisprudencia no ha sido uniforme para tratar la intencionalidad. Existe jurisprudencia que ha reconocido la intencionalidad desde una tesis restrictiva<sup>719</sup>, mientras que también hay jurisprudencia que ha reconocido la intencionalidad desde una tesis amplia<sup>720</sup>. Aún más, se distingue de la doctrina considerándola un elemento determinando para atenuar la sanción<sup>721</sup>.

37. En quinto lugar, el legislador consagra la conducta anterior del infractor. Este es un criterio cuantitativo, que se define como la continuidad en la comisión de una infracción administrativa.

La doctrina ha distinguido entre una faz negativa y una faz positiva. La faz negativa es aquella que implica una agravación de la sanción, mientras que la faz positiva, es aquella que implica una atenuación de ésta. En la faz negativa se ha de examinar la reiteración y la reincidencia del infractor, mientras que en la faz positiva se ha de examinar la irreprochabilidad de la conducta del infractor.

La jurisprudencia ha discutido tres aspectos de este criterio. En primer lugar, ha discutido sobre el concepto de este elemento, donde ha sostenido que reincidencia y reiteración no son lo mismo<sup>722</sup>. En segundo lugar, el límite que existe con el principio non bis in ídem y el análisis de dichas infracciones previas<sup>723</sup>. Al respecto, ha sido enfática en que la conducta anterior de las

---

<sup>719</sup> En relación a la tesis restrictiva: la jurisprudencia se ha pronunciado tanto en términos negativos; SCS Rol N° 25931-2014; SCS Rol N° 783-2013; SCA Santiago Rol N° 2180-2016; SCS Rol N° 8799-2012; SCS Rol N° 25931-2014; como en términos positivos: SCS Rol N° 5838-2015; SCS Rol N° 17736-2016. Si bien en este caso último fallo se consideró una conducta dolosa por parte del infractor, la Corte Suprema sostuvo que la intencionalidad suponía tanto una conducta culposa, como también una dolosa; SCASantiago Rol N° 6435-2009

<sup>720</sup> : SCS Rol N° 17736 – 2016; SCS Rol N° 24422-2016; SCS Rol N° 20380 – 2018; 13374-2019; SCS Rol N° 14758-2015; SCS Rol N° 31556– 2016; SCA Santiago N° 8432-2017

<sup>721</sup> SCS Roles N° 31556-2016; 280-2016; 25931-2014; 783-2013; 8799-2012.

<sup>722</sup> SCS Rol N° 68.722-2016, considerando 15°; SCA San Miguel Rol N° 1.568-2015; SCS Rol N° 9.269-2017; SCA Santiago Rol N° 231-2018 confirmada por la SCS Rol N° 26.667-2018; SCS Rol N° 22.010-2018 y SCS Rol N° 8.416-2018; SCS Rol N° 68.723-2016.

<sup>723</sup> : SCA Santiago Rol N° 321-2018, confirmada por SCS Rol N° 26.667-2018, STC Rol N° 5.018-2018 y SCA Santiago Rol 7.050-2015; SCA Santiago Rol N° 321-2018, considerando 6°.

personas no infringe el principio de non bis in ídem. En tercer lugar, sobre las características que han de tener las infracciones anteriores, la jurisprudencia ha concluido que la sanción debe encontrarse firme para que se pueda configurar este criterio<sup>724</sup>.

38. Por último, el legislador ha establecido el número de personas afectadas. Este es un criterio cuantitativo<sup>725</sup> que se define como un grupo de personas legitimadas para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que ostenten la titularidad de un derecho o interés legítimo.

Las Bases Metodológicas ambientales para determinar las sanciones pecuniarias definen este criterio en base al riesgo, ya que sostienen que cuando las personas son realmente afectadas, corresponde aplicar el criterio de la importancia del daño causado.

Siguiendo a estas Bases, la jurisprudencia ha sostenido que este criterio se enfoca en quienes pudieron ser afectados, es decir, también reconoce este criterio desde el riesgo<sup>726</sup>. Sin embargo, este no ha sido un criterio lineal, en cuanto la jurisprudencia también ha marcado la línea en quienes efectivamente fueron afectados<sup>727</sup>. Así, tal como no hay consenso en a quiénes contabilizar, tampoco lo hay en las unidades de medidas para hacerlo<sup>728</sup>.

---

<sup>724</sup> 3TA Rol N° R-6-2014, confirmada por SCS Rol N° 5.838-2015; SCA San Miguel Rol N° 1.568-2015; SCS Rol N° 97.737-2016; SCS Rol N° 33.853-2018; SCS Rol N° 25.931-2014; SCS Rol N° 97.737-2016; SCS Rol N° 24.422-2016.

<sup>725</sup> 2TA Rol N° R-128-2016, en su considerando 43°; SCS Rol N° 68.722-2016, considerando 12°; SCS Rol N° 68.723-2016, considerando 15°.

<sup>726</sup> 2TA Rol N° R-128-2016, considerando 46°. Asimismo se ha pronunciado la Corte Suprema en su SCS Rol N° 24.422-2016, considerando 14°; SCS Rol N° 25.931-2014, considerando 1°.

<sup>727</sup> SCS Rol N° 68.723-2016; SCA Santiago Rol N° 10.454-2015; SCS Rol N° 9.551-2014; SCS Rol N° 97.737-2016, y; SCS Rol N° 68.722-2016.

<sup>728</sup> SCS Rol N° 68.723-2016 y SCS Rol N° 22.010-2018; SCS Rol N° 25.931-2014 y SCS Rol N° 68.722-2016; SCA Santiago, Rol N° 10.454-2015 y STA R-128-2016; SCS Rol N° 9.551-2014; SCS Rol N° 24.422-2016.

Finalmente, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que este criterio ha de ser utilizado tanto para agravar como atenuar<sup>729</sup>.

39. Lamentablemente, la aplicación de los criterios de graduación por la jurisprudencia, siendo expresión del principio de proporcionalidad, se realiza prescindiendo del test de proporcionalidad, lo cual impide que se genere un desarrollo argumentativo que explique mejor el control negativo que le corresponde a los jueces.

Además, la jurisprudencia ha sido errática al momento de definir y aplicar los criterios de graduación. Algunos conceptos no han sido delimitados adecuadamente, mientras que otros han sido asimilados con otros, cuando realmente son distintos.

En definitiva, la jurisprudencia estudiada demuestra un escaso desarrollo en el estudio de los criterios de graduación. En tal sentido, podría desarrollarse de forma más sustantiva la aplicación de los criterios de graduación y el control de la sanción en base al principio de proporcionalidad.

---

<sup>729</sup> En ese sentido, casos en que se ha agravado: STA Rol R-6-2014; STA R-128-2016; SCS Rol N° 68.722-2016; SCS Rol N° 9.551-2014; SCS Rol N° 68.723-2016; SCS Rol N° 24.422-2016, y; SCS Rol N° 25.931-2014, y, casos en que se ha utilizado para atenuar: SCS Rol N° 97-737-2016 y SCA Santiago Rol N° 10.454-2015.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **A) DOCTRINA CITADA.**

- ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA. 2008. La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid. Iustel Publicaciones.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA. 2014. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Administración Pública. N° 195. Pp. 135-167
- ALEXY, ROBERT. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ARACENA SALGADO, PEDRO. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile. Revista de Estudios de la Justicia. Pp. 96-144.
- ARANCIBIA MADARIAGA, TAMARA. 2015. Análisis Crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. Santiago. Cuaderno N° 58. Tribunal Constitucional de Chile.
- ARENA MUÑOZ, NATALIA, 2015. Los Vicios del Acto Administrativo. Santiago. Circulo Legal Editores.
- ARNOLD RAINER, JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ, FRANCISCO ZÚÑIGA. 2012. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales. Año 10, N° 1. Pp. 65-116.
- ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, 1987. Derecho Administrativo Sancionador y Principio de Proporcionalidad. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIV. N° 3. Pp. 109 – 125.
- AVILÉS, VÍCTOR MANUEL. JOSÉ FRANCISCO GARCÍA. 2016. Caso cascadas y los límites a la discrecionalidad administrativa en materia sancionatoria. Revista Libertad y Desarrollo. Sentencias destacadas 2016. Pp. 19- 36.
- BARAK, AHARON. 2017. Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción Gonzalo Villa Rosas. Lima. Palestra Editores.
- BARNES, JAVIER. 1994. Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario. Revista de Administración Pública. N° 135. Pp. 495-535.

- BARRIENTOS CASTRO, ELÍAS. 2019. La culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Santiago. Der Ediciones Limitada.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XVII. Pp. 275-284.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 1998. Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho. Número especial. Pp. 323-334.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª Ed. Santiago. Legal Publishing Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2012. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública. Revista de Derecho Administrativo. Vol II. N° 7. Pp. 3-26.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2013. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XL. Pp. 421-447.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2014, Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental. ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 609-632.
- BERNAL PULIDO, CARLOS LIBARDO. 2014. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 4ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- BOETTINGER PHILIPPS, CAMILA. 2009. El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Actualidad Jurídica. N° 20, Tomo II. Pp. 577- 596.
- CANDIA FALCÓN, GONZÁLO. ANDRÉS MUÑOZ SCHLACK. 2011. Proporcionalidad de la pena a la luz de la octava enmienda: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de los estados unidos de Norteamérica de 17 de mayo de 2010. Revista Chilena de Derecho. Vol. 38, N° 1. Pp. 139-161.
- CÁRCAMO RIGHETTI, ALEJANDRO. 2014. La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el Derecho Administrativo Sancionador fundamentos, alcances y aplicaciones. ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones

- Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 149-166.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX. 1999. El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código Procesal Penal. Ius et Praxis. Vol. 5, N° 1. pp. 391-444.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. 2008. La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. Buenos Aires. La Ley.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. 2009. La discrecionalidad administrativa. Foro Jurídico. N° 9. Pp. 82-91.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. 2016. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires. Editorial B de F.
- CASTIÑEIRA, MARÍA TERESA, RAMÓN RAGUÉS. 2010. Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. ALEXEY, ROBERT, ET AL: El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Barcelona. Librotecnica.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1988. Tratado de la Constitución de 1980: características generales, garantías constitucionales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- CHAHUÁN SARRAS, SABAS. 2009. Manual del nuevo procedimiento penal. 6ª ed. Santiago. Legal Publishing.
- CHINCHILLA MARÍN, CARMEN. 1989. La desviación de poder. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- CIANCIARDO, JUAN. 2009. El principio de razonabilidad. Argentina, Buenos Aires. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2013. Sanciones Administrativas y mercados regulados. Revista de Derecho, Vol XXVI, N° 1. Pp. 119-144.
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2014. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XLII. Pp. 399-439.
- CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile.
- COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO. 2014. ¿Empieza el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la

- jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales. Año 12, N° 1. Pp. 163-237.
- CURY, ENRIQUE. 2011. Derecho penal: parte general. 10ª Ed. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DESDENTADO DAROCA, EVA. 1999. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y Análisis Jurisprudencial. Ed. 2º. Navarra. Aranzandi Editorial.
- DURÉNDEZ SÁEZ, IGNACIO. 2009. El procedimiento administrativo sancionador del orden social. Navarra. Aranzandi.
- ENTEICHE ROSALES, NICOLÁS. 2014. ¿Qué es una “sanción administrativa” en Chile? ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 3-16
- ENTEICHE ROSALES, NICOLÁS. 2017. Las sanciones administrativas. El problema de la proporcionalidad. Santiago. Tirant Lo Blanch.
- EVANS ESPÍNEIRA, EUGENIO. 2006. La constitución explicada. Santiago. Lexis Nexis.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. 1999. Recurso de Protección y Jurisdicción doméstica: Un principio de solución. Santiago, Revista Chilena de Derecho.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. 2000. Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en Materia Tributaria. Revista Chilena de Derecho. Vol. 27 N° 2. Pp. 357-371.
- FUENTES CUBILLOS, HERNÁN. 2015. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Revista Ius et Praxis. Año 14 N° 2. Pp. 15-42.
- FUENZALIDA CIFUENTES, PABLO. 2007. Notas sobre la jurisdicción ética de los Colegios Profesionales. Revista de Derecho. Vol. XX – N° 2. Pp. 131 – 146.
- GALETTA, DIANA-URANIA. 1998. El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario. Cuadernos de Derecho Público. N°5. Pp. 75-118.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. 2016. El principio del ne bis in ídem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. Política criminal. Vol 11, N° 21. Pp. 21-33.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. 2011. Curso de Derecho Administrativo. Ed. 15º. Navarra. Thomson Reuters.



- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. 1962. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Revista de Administración Pública. N° 38. Pp. 159-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. 1963. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo. Revista Administración Pública. N° 40. Pp.189-222.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. 1982. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- GARRIDO MONTT, MARIO. 2001. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, MARIO. 2003. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ APAC, HUGO. SUSAN ISLA RODRÍGUEZ, GIANFRANCO MEJÍA TRUJILLO. 2010. Apuntes sobre la graduación de sanciones por infracciones a las normas de protección al consumidor. Revista Derecho & Sociedad. Pp. 134-146.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA. 2017. El *non bis in idem* en el Derecho Administrativo Sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XLIX. Pp. 101-138.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA. 2018. Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción. Revista Chilena de Derecho. Vol. 45 N° 2. Pp. 531-544.
- HIMSWORTH, 1998. La proporcionalidad en el Reino Unido. Cuadernos de Derecho Público N° 5. Pp. 273 – 286.
- JARA SCHNETTLER, JAIME. 2013. Desviación de poder y Nulidad de los Actos Administrativos.: LETELIER, RAÚL ET AL: La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno. Santiago. Legal Publishing. Pp. 209-266.
- JARA SCHNETTLER, JAIME. 2018. La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. Revista de Derecho Público. N° 89. Pp. 59-91.
- JORDANA DE POZAS, LUIS. 1949. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. Revista de Estudios Políticos. N° 48. Pp. 41-54.
- KLUTH, WINFRED.1998 Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de Derecho Público N° 5. Pp. 219 – 237.

- LETÉLIER WARTENBERG, RAÚL. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*. Vol. 12. N° 24. Pp. 622-689.
- LLEDÓ VELOSO, CAMILO, JOSÉ PARDO DONOSO. 2013. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Santiago. Legal Publishing Chile.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO. 1998. El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo. *Cuadernos de Derecho Público*. N° 5. Pp. 143-158.
- LÓPEZ MASLE, JULIÁN. MARÍA INÉS HORVITZ. 2002. Derecho procesal penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2014. El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal*. Vol. 9, N° 18. Pp. 543-563.
- MARCHECO, BENJAMÍN. El control judicial de la potestad discrecional de la Administración Política de Cuba. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol 3. N° 110. Página 57 a 75.
- MATUS, JEAN PIERRE. MARÍA CECILIA RAMÍREZ. 2015. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho Penal Positivo. Santiago. Thomson Reuters.
- MERKL, ADOLF. 2004. Teoría General del Derecho Administrativo. Granada, Comares.
- MOSQUERA RUIZ, MARIO. CRISTIÁN MATURANA MIQUEL. 2010. Recursos Procesales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. 2015. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. 2017. Libro de Estilo de la Justicia. Barcelona. Grupo Planeta.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. 2018. Notas sobre el principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*. Número especial. Pp. 309-322.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. 1976. Algunas precisiones sobre el concepto de policía. *Revista de Administración Pública*. N° 81. Pp. 35-75.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. 2017. Derecho Administrativo Sancionador. Ed 5°. Madrid. Editorial Tecnos.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2008. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I y II. 2ª Ed. Santiago. Librotecnia.

- OSORIO VARGAS, CRISTÓBAL. 2017. Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General. Santiago. Thompson Reuters.
- OSSANDÓN WIDOW, MAGDALENA. 2009 Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, Revista de Derecho Universidad Austral, Vol. 22, N°1. Pp. 159-183.
- PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, 1982. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. España, Madrid. Revista de Administración Pública. Pp. 41 – 93.
- PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, 2002. Derecho Administrativo. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. 2013. Derecho Administrativo II: Régimen Jurídico de la actividad administrativa. Madrid. Open Ediciones Universitarias, S.L.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO JOSÉ. 1993. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa. España. Tecnos.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. 2016. Lecciones de Derecho Administrativo. España. Tirant Lo Blanch.
- PHILIPPE, XAVIER. 1998. El principio de proporcionalidad en Derecho Público Francés. Cuadernos de Derecho Público. N° 5. Pp. 255-272.
- PIERRY ARRAU, PEDRO. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 8. Pp. 161-183.
- POLITOFF, SERGIO, JEAN PIERRE MATUS, MARÍA CECILIA RAMÍREZ. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, FLAVIO. 2014. El procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880. ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 301-324.
- RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES. 2008. Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. Revista de Derecho. N° 29. Pp. 153- 177.
- RAINER, ARNOLD ET AL. 2012. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, Año 10 N° 1. Pp. 65-116.

- REBOLLO PUIG, MANUEL. ET AL. 2005. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 7 N° 1. Pp. 23-74.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. 1987. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 11. Pp. 117-163.
- ROMÁN CORDERO, CRISTIÁN. 2009. El debido procedimiento administrativo sancionador. Revista de Derecho Público. N° 71. Pp. 183-214.
- ROMÁN CORDERO, CRISTIÁN. 2014. Notas sobre el debido procedimiento administrativo sancionador. ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 343-360.
- ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Madrid. Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. 2011. Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ius et Veritas. N° 43. Pp. 260-270.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. 2002. Principios de Derecho Administrativo. Vol. I. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. 199. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces Ceura.
- SAPAG, MARIANO. 2008. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado. Un estudio comparado. Revista de Actualidad Jurídica. Año 22. N° 17. Pp. 158-198.
- SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL. 2004. El Control de proporcionalidad de la actividad Administrativa. España, Madrid. Editorial Tirant Lo Blanch.
- SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD. 2003. La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- SOTO DELGADO, PABLO. 2017. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Revista Ius et Praxis. Año 22, N° 2. Pp. 189-226.

- SOTO KLOSS, EDUARDO. 1989. La delegación en el Derecho Administrativo Chileno (Nociones fundamentales). Revista de Derecho Público. N° 45-46. Pp. 115-147.
- SOTO KLOSS, EDUARDO. 1993. En la forma que prescribe la ley: notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20, N° 2-3. Pp. 687-693.
- SOTO KLOSS, EDUARDO. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, EDUARDO. 2015. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing.
- SOTO KLOSS, EDUARDO. 2015. Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración. ARANCIBIA, JAIME. PABLO ALARCÓN: Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo. Chile. Thomson Reuters La Ley. Pp. 39-54.
- TEN BERGE & BOK, 1998. El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo holandés. Cuadernos de Derecho Público. N° 5. Pp. 287 – 298.
- VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL, 2018. Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant lo Blanch.
- VALLEJO GARRETÓN, RODRIGO. 2016. Acerca del Régimen Supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol XLVII. Pp. 281-301.
- VAN WEEZEL, ALEX. 2017. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio Administrativo. Política Criminal. Vol 12, N° 24. Pp. 997-1043.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2004. Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte- Sede Coquimbo. Aó 11, N° 2. Pp. 137-147.

## **B) INFORMES CITADOS.**

- MACRORY, RICHARD. 2006. Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. 2014. Los principios en el Derecho Administrativo Sancionador y la sanción a la infracción de ellos dentro de un debido proceso en general y su relación particular con un procedimiento seguido por la SVS. [en línea]

[https://media.larrainvial.com/Defensa\\_LV\\_CC/informes\\_en\\_derecho/2014-04-30\\_Informe\\_en\\_derecho\\_Cristian\\_Maturana.pdf](https://media.larrainvial.com/Defensa_LV_CC/informes_en_derecho/2014-04-30_Informe_en_derecho_Cristian_Maturana.pdf)

OCDE, Determination and application of administrative fines for environmental offences: guidance for environmental enforcement authorities in EECCA Countries. [en línea] <https://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf>

US EPA, Office of Enforcement and Compliance Assurance, Leveling the Playing Field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws, 2000.

### **C) TESIS CITADAS.**

GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA. 2018. Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio. Tesis doctoral. Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

### **D) NORMATIVA CITADA.**

#### **(a) Códigos.**

Código Civil

Código Penal

Código Tributario

Código de Aguas

#### **(b) Leyes.**

Chile, Ministerio de Justicia, 1861, Ley de efecto retroactivo de las leyes, 7 de octubre de 1861.

Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 1966, N° 16.395, Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, 28 de enero de 1966.

Chile, Ministerio de Agricultura, 1967, N° 16.640, Reforma Agraria, 28 de julio de 1967, (Derogada).

Chile, Ministerio de Justicia, 1969, N° 17.105, Ley de Alcoholes, 14 de abril de 1969.

Chile, Ministerio de Transportes y telecomunicaciones, 1982, N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, 2 de octubre de 1982.

Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 1989, N° 18.410, Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 25 de agosto de 1989.

Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2001, N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 17 de noviembre de 2001.

Chile, Ministerio de Agricultura, 1989, N° 18.755, Ley que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, 7 de enero de 1989.

Chile, Ministerio del Interior, 1989, N° 18.838, Ley que crea el Consejo Nacional de Televisión, 30 de septiembre de 1989.

Chile, Ministerio de Economía, 1990, N° 18.902, Ley que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, 27 de enero de 1990.

Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2003, N° 19.880, Ley que establece las Bases de los procedimientos que rigen los órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Chile, Ministerio de Salud, 2004, N° 19.937, Modifica el D.L. N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una Nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana, 24 de febrero de 2004.

Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2010, N° 20.417, Ley que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

Chile, Ministerio de Educación, 2011, N° 20.529, Ley que Crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, 27 de agosto de 2011.

Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2014, N° 20.720, Ley que Sustituye el Régimen Concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas, y perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo, 9 de enero de 2014.

Chile, Ministerio de Educación, 2018, N° 21.091, Ley sobre la Educación Superior, 29 de mayo de 2018.

Chile, Ministerio de Educación, N° 21.128, Ley Aula Segura, 27 de diciembre de 2018.

**(c) Decretos.**

Chile, Ministerio de Hacienda, 2005, DFL N° 30, Ordenanza de Aduanas, 4 de junio de 2005.

Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 1992, DFL N° 430, Ley General de Pesca y Acuicultura, 21 de enero de 1992.

Chile, Ministerio de Hacienda, 1980, DL N° 3538, Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Regulado también mediante la Ley N° 21.000, 23 de diciembre de 1980.

Chile, Ministerio de Educación, 1998, DFL N° 2, Sobre subvención del Estado a Establecimientos Educativos, 28 de noviembre de 1998.

**(d) Historia de la Ley.**

Historia de la Ley N° 19.613 que modifica la Ley N° 18.410 y DFL 1, de 1982, para fortalecer régimen de fiscalización del sector de servicios eléctricos, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

**(e) Bases metodológicas.**

Servicio de Impuestos Internos, 2004, Circular N° 1, Política de aplicación de sanciones por infracciones tributarias contempladas en números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del Artículo 97 y Artículo 109 del Código Tributario y de Concesión de Condonaciones en los casos que se describen.

Dirección del Trabajo, 2011, Circular N° 93, Modifica el N° 2 y Deroga N° 4, de Anexo 6, remitido por Circular N° 18 de fecha 19.02.2010, 26 de octubre de 2011.

Instituto de Salud Pública, 2012, Resolución Exenta N° 1787, Establece criterios a considerar al momento de determinar las sanciones en los sumarios sanitarios instruidos en el Instituto de Salud Pública de Chile, 13 de julio de 2012.

Superintendencia de Educación Escolar, 2013, Resolución Exenta N° 290, Fija Modelo de fiscalización y estandarización de hallazgos, 20 de abril de 2013.



Superintendencia de Valores y Seguros, 2015, Resolución Exenta N° 271, Aprueba manual de Fiscalización de Empresas de Menor Tamaño y dispone Creación de Banner en la página web institucional y su contenido, 29 de diciembre de 2015. (Derogada).

Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), 2015, Resolución Exenta N° 1.002, Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, 5 de noviembre de 2015. (Derogada).

Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), 2017, Resolución Exenta N° 85, Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, 31 de enero de 2018.

Dirección del Trabajo, 2019, Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas, 01 de septiembre de 2019.

**(f) Reglamentos Internos.**

Bolsa de Comercio de Santiago, Reglamento del Comité de Buenas Prácticas de la Bolsa de Santiago, 2018, [en línea] <<http://cibe.bolsadesantiago.com/SitePages/comite.aspx?title=ComitedeRegulacion&Cat=2&pdf=/ComitedeRegulacion/Normativa/Reglamento%20del%20Comit%C3%A9.pdf>>

Consejo de Autorregulación y ética publicitaria, Estatuto del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, 2018, [en línea] < <https://www.conar.cl/sobre-conar/reglamentos-y-estatutos/reglamento-de-funciones-y-procedimientos-de-conar/>>

**E) DERECHO COMPARADO.**

España, Jefatura del Estado, 2015, Ley N° 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público, promulgada el 2 de octubre de 2016, última modificación con fecha 15 de enero de 2019.

México, Congreso de la Unión, Ley Federal de Procedimiento Administrativo, promulgada con fecha 27 de diciembre de 2006, última modificación en fecha 28 de enero de 2017.

México, Congreso de la Unión, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, promulgada el 6 de julio de 2010, sin modificaciones posteriores.

Colombia, Congreso de Colombia, Congreso de Colombia, Ley N° 142/1994 sobre el Régimen de los servicios públicos domiciliarios, promulgada en fecha 30 de julio de 2009, última modificación con fecha 25 de mayo 2019.

Colombia, Presidente de la República de Colombia, Ley 1955, Estatuto Tributario de los Impuestos Administrador por la Dirección General de Impuestos Nacionales, promulgada el 3 de diciembre de 2008, con última modificación el 25 de mayo de 2019.

Perú, Presidente de la República de Perú, Ley N° 27.584, que regula el proceso contencioso administrativo. Ley actual: N° 30.914, promulgado en fecha 25 de diciembre de 2008, con última modificación con fecha 14 de febrero de 2019.

Ecuador, Asamblea Nacional, Ley orgánica de regulación y control del poder de mercado, promulgada el 12 de septiembre de 2014 con única modificación con fecha 9 de diciembre de 2016.

Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016, Reglamento general de protección de datos (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo), entrada en vigor el 25 de mayo de 2018.

Estados Unidos, Environmental Protection Agency, 1984. “Policy on civil penalties”.

Canadá, 2007, Environmental Protection Act, Ontario Regulation 222/07 Environmental Penalties, promulgada el 6 de junio de 2007 y con última modificación de fecha 21 de diciembre de 2018.

## **F) JURISPRUDENCIA CITADA.**

### **(a) Constitucional.**

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 38-1986, de 08 de septiembre de 1986.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 43-1987, de 24 de febrero de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 124-1991, de 18 de junio de 1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 244-1996, de 06 de agosto de 1996.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 253-1997, de 15 de abril de 1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 370-2003, de 09 de abril de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 376-2003, de 17 de junio de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 389-2003, de 28 de octubre de 2003.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 479-2006, de 08 de agosto de 2006.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 480-2006, de 27 de julio de 2006.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 536-2006, de 30 de agosto de 2006.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 546-2006, de 17 de noviembre de 2006.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 549-2007, de 20 de marzo de 2007.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 725-2007, de 26 de junio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747-2007, de 31 de julio de 2007.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 766-2007, 26 de junio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 946-2007, de 01 de julio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 968-2007, de 10 de julio de 2008.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1183-2008, de 8 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1203-2008, de 08 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1205-2008, de 8 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1221-2008, de 8 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1229-2008, de 08 de enero de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1332-2009, de 21 de julio de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1345-2009, de 25 de mayo de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1356-2009, de 27 de agosto de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1382-2009, de 27 de octubre de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1391-2009, de 27 de octubre de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1413-2009, de 16 de noviembre de 2010.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1418-2009, de 27 de octubre de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1470-2009, de 27 de octubre de 2009.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1499-2009, de 12 de agosto de 2010.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1518-2009, 21 de octubre de 2010.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1580-2009, de 21 de enero de 2011.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1838-2010, de 7 de julio de 2011.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1968-2011, de 15 de mayo de 2012.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2069-2011, de 31 de julio de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2108-2011, de 7 de agosto de 2012.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2154-2011, de 14 de junio de 2012.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2236-2012, de 30 de abril de 2013.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2254-2012, de 18 de diciembre de 2012.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2264-2012, de 10 de octubre de 2013.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2301-2012, de 12 de septiembre de 2013  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2365-2012, de 14 de enero de 2014.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2645-2014, de 6 de mayo 2014.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2648-2014, de 7 de agosto de 2015.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-2014-INA. De 9 de octubre de 2014.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2671-2014, de 1 de octubre de 2015.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2722-2014, de 15 de octubre de 2015.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2743-2014, de 04 de marzo de 2016.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2744-2014, 8 de octubre de 2015.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2897-2015, de 4 de julio de 2017.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2922-2015, de 29 de septiembre de 2016.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2938-2015, de 1 de diciembre de 2016.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2953-2016, de 4 de octubre de 2016.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2983-2016, de 13 de diciembre de 2016.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3014-2016, de 14 de noviembre de 2017.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3062-2016, de 27 de marzo de 2017.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3135-2016, de 27 de marzo de 2017.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3236-2016, de 24 de mayo de 2018.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3306-2016, de 16 de noviembre de 2017.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3542-2017, de 7 de mayo de 2018.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3575-2017, de 8 de mayo de 2018.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3684-2017, de 7 de mayo de 2018.  
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4610-2018, de 2 de octubre de 2018.

**(b) Judicial.**

**(i) Corte Suprema.**

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16.868-1991, de 16 de septiembre de 1992.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 766-2007, de 15 de febrero de 2007.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7502-2009, de 28 de enero de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8682-2009, de 28 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9078-2009, de 29 de octubre de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8429-2009, de 4 de enero de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7284-2009, de 28 de enero de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7131-2009, de 25 de enero de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5582-2010, de 23 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4922-2010, de 15 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5228-2010, de 20 de octubre de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 65-2011, de 28 de enero de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2670-2011, de 26 de julio de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1111-2011, de 22 de marzo de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 289-2012, de 13 de marzo de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7095-2012, de 11 de octubre de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7559-2012, de 25 de noviembre de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4817-2012, de 22 de octubre de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7340-2012, de 11 de noviembre de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8413-2012, de 17 de enero de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8799-2012, de 25 de julio de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9186-2012, de 17 de junio de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 783-2013, de 8 de abril de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6739-2013, de 18 de diciembre de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1498-2013, de 1 de agosto de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 14002-2013, de 12 de mayo de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9551-2014, de 4 de septiembre de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6661-2014, de 4 de septiembre de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31556-2014, de 26 de marzo de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 25931-2014, de 4 de junio de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24563-2014, de 6 de julio de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24233-2014, de 19 de mayo de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24170-2014, de 19 de febrero de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11444-2014, de 19 de agosto de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1079-2014, de 30 de octubre de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9033-2015, de 24 de agosto de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7560-2015, de 19 de mayo de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5838-2015, de 31 de diciembre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5204-2015, de 28 de julio de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4512-2015, de 30 de junio de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3528-2015, de 21 de septiembre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 28400-2015, de 19 de mayo de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 26651-2015, de 3 de diciembre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18460-2015, de 19 de octubre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15341-2015, de 24 de noviembre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 14758-2015, de 29 de septiembre de 2015.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 10655-2015, de 21 de julio de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 78-2016, de 23 de febrero de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17736-2016, de 13 de diciembre de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24422-2016, de 25 de octubre de 2017.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 280-2016, de 7 de marzo de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31178-2016, de 5 de julio de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31556-2016, de 23 de junio de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34040-2016, de 15 de diciembre de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 38340-2016, de 3 de agosto de 2017.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 39478-2016, de 12 de octubre de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 41815-2016, de 1 de marzo de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5110-2016, de 5 de mayo de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5383-2016, de 24 de agosto de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 62128-2016, de 9 de mayo de 2017.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 68712-2016, de 19 de octubre de 2016.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 68722-2016, de 8 de febrero de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 68723-2016, de 14 de marzo de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8416-2016, de 10 de marzo de 2016.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 97686-2016, de 3 de agosto de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 97737-2016, de 27 de marzo de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31178-2017, de 31 de agosto de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 33853-2017, de 14 de diciembre de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3598-2017, de 19 de junio de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3684-2017, de 6 de febrero de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 41987-2017, de 31 de julio de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 38914-2017, de 20 de febrero de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6979-2017, de 16 de mayo de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8432-2017, de 20 de marzo de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8437-2017, de 11 de julio de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9269-2017, de 12 de junio de 2017.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8461-2018, de 10 de mayo de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 765-2018, de 7 de mayo de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5018-2018, de 5 de abril de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16.231-2018, de 29 de noviembre de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16.230-2018, de 10 de agosto de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 26667-2018, de 19 de noviembre de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 26475-2018, de 15 de mayo de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23056-2018, de 26 de marzo de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 22010-2018, de 17 de diciembre de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 20380-2018, de 12 de marzo de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16477-2018, de 21 de marzo de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16476-2018, de 26 de noviembre de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15537-2018, de 29 de octubre de 2018.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 257-2019, de 16 de enero de 2019.  
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7914-2019, de 2 de julio de 2019.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 13374-2019, de 3 de julio de 2019.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 20380-2019, de 8 de agosto de 2019.

**(ii) Cortes de Apelaciones.**

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 9459-2016, de 17 de noviembre de 2016.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8432-2017, de 9 de febrero de 2018.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 7131-2018, de 10 de diciembre de 2018.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 7050-2015, de 23 de noviembre de 2015

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 231-2018, de 7 de febrero de 2018.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1651-2017, de 30 de septiembre de 2019.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 10454-2015, de 6 de abril de 2016.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol N° 253-2016, 17 de diciembre de 2016

Sentencia de Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol N° 120-2017, de 12 de mayo de 2017.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 1012-2012, de 29 de agosto de 2012.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 1661-2015, de 05 de enero de 2016.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 2329-2016, de 15 de febrero de 2017.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 3229-2016, de 10 de noviembre de 2016.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Serena Rol N° 492-2017, 15 de mayo de 2017.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique Rol N° 168-2015, de 24 de abril de 2015.

Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 1568-2015, 11 de diciembre de 2015.

**(c) Administrativa.**

Contraloría General de la República, Dictamen N° 3601 de 1965.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 45905 de 1976.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 35991 de 1982.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 20991 de 1984.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 26634 de 1993.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 25959 de 1994.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 27117 de 1994.



Contraloría General de la República, Dictamen N° 8098 de 1997.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 25961 de 2000.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 10312 de 2000.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 6926 de 2001.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 2740 de 2003.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 14571 de 2005.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 41249 de 2005.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 28226 de 2007.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 22814 de 2009.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 11543 de 2011.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 31619 de 2011.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 15335 de 2011.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 61059 de 2011.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 13479 de 2012.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 20306 de 2012.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 17885 de 2014.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 102879 de 2015.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 4571 de 2015.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 51532 de 2015.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 24094 de 2016.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 22453 de 2016.  
Contraloría General de la República, Dictamen N° 2471 de 2019.

**(d) Otros tribunales.**

Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-6-2013, de 3 de marzo de 2014.  
Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-48-2014, de 29 de enero de 2017.  
Sentencia del Segundo Tribunal ambiental Rol R-76-2015, de 5 de octubre de 2016.  
Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-128-2016, de 31 de marzo de 2017.  
Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol R-6-2014, de 27 de marzo de 2015.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 43-11, de 6 de diciembre de 2012.

Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 40-13, de 9 de diciembre de 2014  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 91-13, de 17 de diciembre de 2014.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 01-13, de 19 noviembre de 2015.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 88-12, de 3 de diciembre de 2015.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 50-13, de 14 de marzo de 2016.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 54-13, de 26 de abril de 2016.  
Sentencia del Colegio de Abogados Rol NPR 54-13, de 26 de abril de 2016.