



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LEGITIMIDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

Análisis de la sentencia Rol N° 3958-17 a la luz de los principios de eficiencia,
eficacia y debido procedimiento administrativo

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Autora:

Andrea Amaro Aros

Profesora Guía:

Natalia Muñoz Chiu

Santiago, Chile

2020

“[E]l objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”

NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 4º ed., Tecnos, Madrid.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Ximena, y a mi padre, Óscar, por enseñarme a través de sus ejemplos y, sobre todo, por su paciencia y cariño incondicional.

A mi hermano, Sebastián, por acompañarme en todas las etapas de mi vida.

Y a todos los que hicieron posible que este trabajo se concretara.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	v
RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO 1:	13
POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA	13
A. Orígenes	13
B. Concepción actual.....	16
C. Limitaciones	22
1. Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador.....	22
2. Concepto de “matices”	29
3. Conclusiones	33
D. Funciones	34
1. Fin disuasorio	35
2. Fin de eficacia.....	37
3. Desarrollo de políticas públicas	38
4. Búsqueda del bien común	40
5. Conclusiones	41
CAPÍTULO 2:	43
PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y EFICACIA EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	43
A. Estudio conceptual de los principios	43
B. Justificación de la potestad sancionatoria a través de los principios	46
C. Ejemplificación de lo analizado: Fiscalía Nacional Económica.....	48
CAPÍTULO 3:	51

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA JURISPRUDENCIA: EL CASO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS	51
A. Proyecto de Ley	51
B. Sentencia Rol N° 3958-17	52
C. Disidencias de la sentencia Rol N° 3958-17-CPR	57
D. Críticas al fallo	61
1. Relación con asimetrías de información.....	65
2. Relación con el Tribunal Constitucional	68
CAPÍTULO 4:	73
FORMAS DE COMPRENDER CORRECTAMENTE EL PROBLEMA: CÓMO EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SE CONTROLA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO	73
A. Sobre los fines de la sanción administrativa en relación al procedimiento	73
B. Debido proceso en el actuar de la Administración	77
C. Debido proceso administrativo en la perspectiva internacional	81
CONCLUSIONES.....	87
BIBLOGRAFÍA.....	89

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo enfrentar la problemática sobre la legitimidad de la potestad administrativa sancionadora, utilizando como ejemplo los argumentos esgrimidos en la sentencia rol N° 3958-17 del Tribunal Constitucional, la cual despoja a la Dirección General de Aguas de la posibilidad de poder imponer, por su propia cuenta, sanciones administrativas.

Para ello, se introduce la manera en que la doctrina ha entendido a esta potestad a lo largo del tiempo, con el objeto de luego explicar a través de sus funciones las razones que fortalecen su vigencia, contraponiendo la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desarrollando sus argumentos.

Finalmente, se vislumbra que el problema de que exista esta atribución en manos de los órganos administrativos no es su legitimidad, sino el modo en que éstos la ejercen, razón por la cual es menester contar con un debido procedimiento administrativo que evite las arbitrariedades en que pudieren incurrir en el ejercicio de sus funciones.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo discurre sobre las facultades sancionatorias que tienen los órganos administrativos, sus orígenes, limitaciones y funciones con el objeto de introducir el estudio de dos principios en particular que serán el eje del actuar de la Administración, los principios de eficiencia y eficacia. Introducido esto, se busca evaluar la necesidad de que estos órganos ejerzan la facultad de sancionar, en razón de lo cuestionable que ha sido para parte de la doctrina la arrogación de esta atribución al considerar que la Administración en estos casos estaría actuando como juez y parte, inmiscuyéndose en funciones que sólo le corresponderían al Poder Judicial. Argumento que ha tomado mayor peso en el último tiempo, sobre todo en consideración a los últimos fallos de nuestro Tribunal Constitucional que han negado la posibilidad de imponer sanciones a los órganos en comentario¹.

De esta manera, se pretende ahondar en la última problemática planteada desarrollando un análisis de las sanciones administrativas desde la perspectiva de su eficiencia y eficacia, justificando así su existencia y proliferación a través del Derecho Administrativo de la luz verde y su pretensión de responsividad, pero además dando un vuelco al problema en cuanto es el ejercicio de esta potestad lo que debe ser controlado y no su legitimidad, cuestión que se logra mediante la regulación de un debido procedimiento administrativo.

Para llevar a cabo lo anterior, además de un desarrollo breve en relación con las limitaciones y funciones de las sanciones administrativas, se utiliza un caso paradigmático, correspondiente al proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, correspondiente al Boletín N° 8.149-09, en particular en consideración al análisis de la sentencia Rol N° 3958-17, que evalúa la constitucionalidad del mismo.

¹ Con estos fallos hacemos referencia a las sentencias rol N° 3958-17 y 4012-17, que evaluaron la constitucionalidad de los proyectos de ley presentados para la modificación de las aguas y la protección a los derechos del consumidor.

CAPÍTULO 1:

POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

Con el objeto de contextualizar y situarnos en el análisis actual que se hará del caso en cuestión, el presente capítulo se centrará en la explicación del modo en que se ha estudiado y comprendido la potestad administrativa sancionadora de manera que se justifique su existencia y las problemáticas detrás de su incorporación, lo que permite visibilizar precisamente el cuestionamiento que hace nuestro Tribunal Constitucional en torno a no otorgar facultades sancionatorias a la Dirección General de Aguas, razonamiento que se ahondará y controvertirá en los capítulos 3 y 4, permitiendo esta introducción a la materia explicar en cierta medida la necesidad y funciones que tienen las sanciones administrativas en nuestro ordenamiento.

A. Orígenes

En un principio, la sociedad era protegida mediante la actividad de policía², la cual buscaba el restablecimiento del orden público frente a la amenaza de una serie de peligros, originados ya sea por la naturaleza o por la acción humana directa. La Administración de esta manera se encargaba, fundamentalmente, de peligros de carácter primarios, buscando a su vez la erradicación total de los mismos, por lo que se dice que aspiraba a mantener un denominado “peligro cero”³.

² La actividad de policía es un concepto que toma su significación actual con el advenimiento del Estado de Derecho, donde se consagran derechos subjetivos oponibles por el particular frente al actuar del Estado, siendo consecuencia, según Jellinek, de tres situaciones en las que se encuentra la persona en relación al mismo: i) situación de libertad negativa, donde figura una prohibición por parte de la Administración para inmiscuirse en la esfera personal del particular; ii) situación positiva, que faculta a los privados para ejercer pretensiones contra la Administración y que, en los casos que corresponda, éstas sean satisfechas; iii) ciudadanía, relacionada con la capacidad que algunos ostentan de ejercer funciones y realizar actos de autoridad. Así, esta actividad se encuentra en el primer status, siendo una excepción a este principio. Ver: GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, RAP, núm. 11, 1953, páginas 18 y ss.

³ Ver: ESTEVE PARDO, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Revista Española de Derecho Administrativo (2003), [pp. 323 - 346].

Estas amenazas eran tipificadas de manera de poder ser rechazadas por el ordenamiento jurídico, siguiendo y reforzando de esta forma el principio de legalidad, el cual era (y sigue siendo) directriz y fundamento de esta actividad, ya que de esta forma se aseguraba que la medida tomada para paliarlo fuera ejecución de una voluntad soberana, radicada en el pueblo, lo que se condecía a su vez con el principio democrático⁴.

Tras un avance en nuestra historia y gracias al progreso de la ciencia y la tecnología, se logra una mayor eficacia en la solución de los daños producidos a las personas, sin embargo, con su desarrollo se van generando nuevas amenazas difíciles de combatir al crear situaciones de incertidumbre, donde la misma ciencia actúa en base a probabilidades y no certezas, cuestión aún más evidente en el ámbito del derecho. Así, el peligro es desplazado por los riesgos, cuyo origen se da precisamente en la tecnología y la actividad humana que la crea. Estos riesgos no pueden ser atacados por la actividad de policía *“debido principalmente a que su estructura, cimentada en la seguridad jurídica y la legalidad, impide controlar aquellas situaciones que desbordan el margen de lo previsto, que implican decisiones bajo incertidumbre”*⁵.

De esta manera, las sociedades postindustriales están más expuestas a los mismos riesgos que crearon mediante la tecnología que trataba de evitar los peligros de la naturaleza, exponiendo así su componente científico que traslada sus incertidumbres al ámbito del derecho. Las seguridades que antes otorgaba la ciencia, no son posibles de alcanzar sino en un mayor margen de tiempo, en el cual la Administración debe decidir si actuar o no, teniendo en cuenta la evaluación de los daños que pudiera generar el no intervenir. Es así como *“De este cerco que tiende la ciencia puede escapar en algún caso la política, pero no el derecho, cargado como*

⁴ Un clásico en la materia lo podemos encontrar en: MONSTESQUIEU, Charles, *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995.

⁵ MOYA MARCHI, Francisca (2013), *El Principio de Precaución*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, p. 125.

*está con la responsabilidad de decidir, sobre todo cuando se activan determinados mecanismos administrativos o judiciales*⁶.

Es en virtud de esta evolución en las formas de funcionar de la sociedad que nace la necesidad de las sanciones administrativas como herramientas para lograr el bien común que busca la Administración, ya que en un orden complejo donde se exige la intervención del Estado para solucionar los problemas de la sociedad, se ve a esta potestad como una herramienta de “enorme eficacia” para responder a estas demandas. De esta manera, *“El desarrollo y la nueva dinámica de las estructuras sociales no encuentra satisfacción sólo en la garantía de legalidad, que es el bien que puede proveer el aparato judicial. Menos aún, si está sometida a todas las formas y la ritualidad de los procesos judiciales”*⁷.

Es en razón de esto, que en la actualidad restringir la función de la Administración a la mera imposición de normas, genera problemas en el mismo instante en que se le otorga el deber de valorar la decisión más adecuada a los intereses generales⁸, debiendo por ello no limitarse a ser correcta y respetuosa con la ley, sino esforzarse por ser *“inteligente”*⁹, cuestión que sólo puede hacer si cuenta con atribuciones que le permitan tomar decisiones oportunas y disuasorias en el desarrollo de políticas públicas.

⁶ ESTEVE PARDO, José (2009); *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*; Edit. Marcial Pons; Madrid, 2009, p. 15.

⁷ CORDERO QUINZACARA, E. y ALDUNATE LIZANA, E., *Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012) [pp. 337-361], p. 342.

⁸ PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Madrid, Editorial Lex Nova S.A., 2001, p. 72.

⁹ HAURIOU, Maurice., *Pécis de Droit Administratif*, II édition, Paris, Librairie du Recueil Général des Lois et Arrêts et du Journal du Palais, 1893, núm. 83 en LINAZASORO ESPINOZA, Izaskun, *El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigma en el Derecho Administrativo chileno: De las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos*, TransJus Working Papers Publications, ISSN 2462-263X, Working Paper N° 5/2018, Universitat de Barcelona, p. 5-6.

B. Concepción actual

Ahora ateniéndonos al presente, el estudio de las sanciones administrativas y, en particular, del Derecho Administrativo Sancionador, es objeto de múltiples disputas, por lo que requiere especial atención dada la ausencia de normativa que lo regule a cabalidad. Es más, no ha podido ser caracterizado tampoco por nuestro Tribunal Constitucional, limitándose a señalar someramente que corresponde al ejercicio de una actividad lícita, sin cuestionar su constitucionalidad, pero tampoco fundamentando su legitimidad¹⁰, por lo que las definiciones que tenemos han sido resultado, mayormente, de una construcción doctrinaria y jurisprudencial, que no ha estado exenta de problemáticas.

Una de las principales discusiones en relación a las potestades sancionadoras de la Administración se vincula con la atribución de las mismas a los órganos públicos y los límites que deben tener en su ejercicio. Así, Santiago Prado, en su libro “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno” en el año 1859, puntualizaba que la prerrogativa de potestades a la Administración debía ser excepcional y otorgada por ley, contando con limitaciones hasta el punto de no poder exceder la “*simple corrección o por vía de disciplina*”¹¹. Este mismo criterio sería el que seguiría la doctrina durante gran parte del siglo XX.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un fenómeno al que llaman “*elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración*”¹², apreciándose un crecimiento exponencial de la cantidad de órganos dotados de estas atribuciones por ley expresa. Este fenómeno sería fuertemente criticado por la clásica doctrina de

¹⁰ CORDERO, E; y QUINZACARA, E., Op.cit., p. 344.

¹¹ La posición del autor puede apreciarse en el siguiente párrafo: “La independencia de la administración estaría comprometida sino tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniarias dentro de los límites de la simple corrección o por vía de disciplina”. PRADO, Santiago, Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, 1° edición, Santiago, Imprenta Nacional, 1859, p. 24.

¹² Expresa referencia a este concepto hace el autor Cristián Román, explicando que se le llama elefantiasis de las potestades de la Administración a dos fenómenos: (i) el aumento de los organismos administrativos facultados por ley para aplicar sanciones; (ii) el aumento exponencial de las mismas, entre ellas la multa. ROMÁN CORDERO, Cristián, *Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*, en Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 111.

Huneeus¹³, y en la vereda más actual, por Aróstica¹⁴ y Soto Kloss¹⁵, fundamentalmente porque irrumpiría el libre juego de las leyes del mercado, y además contravendría la Constitución Política de la República, al considerar que sancionar es juzgar, teniendo esta facultad sólo el juez, mas no el órgano administrativo.

Como ejemplo emblemático de esta postura, Soto Kloss entiende que sancionar es imponer una pena o castigo en razón de haberse producido una violación a un mandato, siendo necesario para ello un juicio de reproche, debiendo escuchar dentro de él al presunto infractor para que tenga carácter de “racional”. Afirma que ese juicio debe ser realizado por un tercero independiente de las partes e imparcial, características que sólo posee un juez, lo que descarta inmediatamente a los órganos administrativos, ya que el castigo sería impuesto por la misma persona que pretende sostener que se ha cometido la infracción¹⁶.

¹³ El autor ha señalado al respecto que “No se concibe, en efecto, cómo un hecho al cual la lei no señala pena pudiera ser delito, i cómo es posible que, señalándose una lei especial, sólo porque ésta no tiene el nombre o título de Código Penal, o sólo porque no forma parte de éste, ese hecho pueda ser castigado por otra autoridad que los Tribunales Ordinarios de Justicia”. HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 1era edición, Santiago, Imprenta de “Los Tiempos”, 1880, Tomo II, p. 244-245.

¹⁴ Aróstica ha planteado así que “De esta forma, perfectamente puede concluirse que la potestad sancionadora administrativa es totalmente inconstitucional, ya que la facultad de imponer penas y sanciones por contravenciones a la normativa vigente le corresponde exclusivamente a los únicos órdenes jurisdiccionales: los Tribunales de Justicia, por expresa disposición del inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 y del artículo 73, ambos de la Constitución”. ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182, 1987, p. 74.

¹⁵ Soto Kloss por su parte ha planteado que: “si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elementar el preguntarse ¿cómo, entonces, el administrador –sea el Presidente de la República, un jefe de servicio, un intendente, etc.- puede imponer sanciones administrativas sean multas, sean comisos, sean clausuras de locales, sean retiros de actos autorizatorios, sean conductas determinadas, etc., si carece constitucionalmente de jurisdicción? SOTO KLOSS, Eduardo, “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44/45, 1979/1980, pp. 95 y ss.

¹⁶ Así lo afirma al decir que “Si se considera cuanto decimos, que es, además, algo del más elemental sentido común, y que no admite –creemos- controversia alguna, significa que “sancionar” –que es castigar- es propio de un juez, es tarea para ejercerse por alguien que sea independiente de las partes e imparcial al mismo tiempo, y no que sea parte de ellas, como v.gr., miembro de la propia organización que sanciona (v.gr., miembro del mismo organismo que está interesado en sancionar/su funcionario público o empleado), lo que ipso iure despoja de tales caracteres de independencia e imparcialidad”. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legalpublishing, 2012), p. 493.

En resumen, el ejercicio de cualquier potestad sancionadora implicaría el uso de una atribución jurisdiccional que, por tanto, le estaría vedada a la Administración, lo que se fundamenta en el texto constitucional, particularmente en el artículo 76 inciso 1º, al disponer éste que *“La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”*, agregando en la segunda oración, que *“Ni el Presidente de la República, ni el Congreso Nacional pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*.

Así, en virtud del artículo citado precedentemente, se evidenciaría que le está proscrito al Presidente y al Congreso asumir las funciones de juez, por lo que no se podría concebir la posibilidad de que el legislador le otorgue facultades para sancionar a órganos de la Administración. Lo expuesto se traduciría entonces en una contravención directa a la Constitución Política de la República, en particular al artículo 19 N° 3 inciso 4, que les da a las personas derecho a un juez natural, dispuesto por la ley y establecido con anterioridad; y al debido proceso, respecto de la presunción de inocencia y el derecho a defensa o contradictoriedad.

A pesar de lo expuesto, fue surgiendo doctrina que argumenta la posición contraria, tal y como ilustra Cristián Román, para el cual precisamente los riesgos creados por la sociedad posmoderna globalizada pueden derivar en importantes daños para las personas, lo que exigiría una reelaboración respecto del Estado de Derecho y de los fines del Derecho Público en cuanto se incorporan nuevos agentes, los particulares, razón por la cual la sujeción al derecho ya no parece ser una obligación sólo de la Administración¹⁷, lo que provocaría que más organismos detenten estas atribuciones con el fin de controlar a estas nuevas cunas de poder y defender al ciudadano común y corriente. Los particulares pueden afectar a la sociedad en sí a través de distintos mecanismos, sobre todo en cuanto su actuar deriva de actividades complejas cuyo

¹⁷ En razón de esto mismo Esteve Pardo se ha pronunciado diciendo que “no se trata ya del sometimiento a Derecho del propio Estado, sino del sometimiento a Derecho de la sociedad o de algunos formidables poderes que en ella se han formado”. ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 24.

control pertenece a los privados, por lo que, dotados de poderes formidables, pueden llegar a ser incluso superiores a los que detenta el propio Estado¹⁸.

Es por estas razones, que el Estado tiene el deber de normar estas actividades, sancionando en caso de que haya alguna infracción, tarea que no se le puede encomendar a los tribunales ordinarios de justicia dada la especialización de estos sectores. Es más, Román adhiere a la idea de que es más inconstitucional declarar la inconstitucionalidad de la atribución de potestades sancionadoras a la Administración, a pesar de que sí considera reprochable que el ejercicio de tales potestades no sea conforme a principios claros, uniformes y garantistas¹⁹.

En el mismo sentido opina Luis Cordero Vega, ya que afirma que en la actualidad se ha dejado de lado la tesis que promueve que tal atribución sólo puede recaer en los Tribunales de Justicia²⁰. La razón de esto, según expresa, es que *“la sanción cumple un rol regulatorio básico en el sistema de ordenación administrativa, en la medida que establece reglas de incentivo para el adecuado cumplimiento de la regulación”*²¹ siguiendo con la visión de Román en cuanto no obstante esa razón de eficiencia, este

¹⁸ ROMÁN CORDERO, Cristián. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo [en línea: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>]

[Consulta: 08 de noviembre de 2018], p. 112. En el mismo sentido, Nieto señala que “La nueva misión del Derecho Administrativo consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y a la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias Administraciones”. NIETO GARCÍA, Alejandro, “Recesión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos”, en *Revista de Administración Pública* 160 (2003), p. 429.

¹⁹ *Ibid*, p. 114.

²⁰ Concuerda con él el profesor (y doctor) en Derecho Penal, Juan Pablo Mañalich, quien afirma que hay dos formas de entender las sanciones administrativas, una de *stricto sensu*, donde esta es conceptualizada como “toda sanción susceptible de ser directamente impuesta por algún órgano administrativo, sin perjuicio de que una eventual reclamación ante su imposición pueda dar lugar a un proceso propiamente jurisdiccional, más o menos ajustado a la estructura de un procedimiento contencioso-administrativo”; y otra en *lato sensu*, donde la sanción administrativa es entendida como “una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción ‘en lo penal’ y que característicamente refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad por mor de ‘consideraciones de afectación general’, con independencia de que su aplicación competa a órganos administrativos o a órganos jurisdiccionales” (el subrayado es nuestro). MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política Criminal*, Vol. 9, N° 18 (2014), p. 546.

Es decir, tanto en el sentido amplio como en el sentido restringido, este autor entiende que esta facultad puede ser ejercida por órganos administrativos.

²¹ CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2° Edición corregida, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 495.

poder debe estar sujeto a un estándar de equilibrio, estableciendo un conjunto de garantías donde deben destacar las procedimentales.

Habiendo dejado relativamente clara la evolución que ha tenido en la doctrina la consideración respecto a si los órganos administrativos debieran o no detentar estas atribuciones, queda abierta aún la pregunta sobre por qué esta potestad no es jurisdiccional, argumento basal utilizado por una parte minoritaria de la doctrina²² para argumentar la inconstitucionalidad de esta facultad.

Para Cordero Vega la respuesta está en que la sanción propia de un procedimiento administrativo es un acto administrativo terminal, lo que significa que nunca se inmiscuye en potestades jurisdiccionales²³, las que afirma son privativas de los tribunales de justicia. Así, señala: *“Mientras que la decisión jurisdiccional la pueden ejercer únicamente los tribunales de justicia (...) entendiéndose ésta como la determinación de ‘(...) la voluntad de la ley con anterioridad a que la prestación se cumpla o a que el derecho a la prestación sea constituido’ de forma irrevocable, tanto para el juez como para las partes que someten su controversia jurídica a su decisión; la potestad punitiva de un órgano de la Administración ha de considerarse como ‘(...) una declaración de lo que la administración entiende que debe hacer, en cuanto se considera a sí misma obligada a no hacer, o autorizada para exigir, [y que] es por su naturaleza revocable, a menos que haya dado lugar al nacimiento de derechos a favor de terceros”*²⁴.

²² Nos referimos a los mismos autores a los que ya se hizo alusión en las notas n° 13, 14 y 15 (Huneus, Aróstica y Soto Kloss, respectivamente), pudiendo agregar a Arturo Fermandois, específicamente en FERMANDOIS, Arturo (2006) *Derecho Constitucional Económico*, T.I, Ediciones Universidad Católica de Chile.

²³ En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en la STC de fecha 10 de octubre de 2013, Rol N° 2264-12-INA, en su considerando 33°, donde señala que “(...) la sanción administrativa es un acto administrativo, que se dicta después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa (...). El hecho de que sea un acto administrativo implica descartar que se trate del ejercicio de funciones jurisdiccionales”. Misma opinión que vemos en la STC de fecha 21 de octubre de 2010, Rol N° 1518-09-INA en su considerando 24°: “En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que ‘no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos’”. El subrayado es nuestro.

²⁴ CORDERO VEGA, L. Op. cit., p. 510.

Por su parte, Bermúdez expone el tema señalando que un amplio sector de la doctrina opina que la potestad sancionadora administrativa tiene una naturaleza jurisdiccional, teniendo como base de entendimiento el principio de separación de poderes del Estado. Sin embargo, para resolver este conflicto, acude a lo dispuesto por Jaime Guasp, destacado procesalista, el cual distingue la función administrativa de la jurisdiccional en el sentido de que esta última busca satisfacer pretensiones, lo que no sucede en la función administrativa. Así, afirma que *“Las reclamaciones que puedan aparecer en el ámbito administrativo y las resoluciones que sobre ellas recaigan sólo son técnicamente peticiones, nunca pretensiones, porque jamás tienen carácter final, sino instrumental: no revisten sustantividad propia, sino que se recogen por el ordenamiento jurídico en cuanto pueden servir al desarrollo del servicio administrativo y no a la satisfacción del particular”*²⁵.

Esta visión así expuesta, se condice entonces con lo dicho por Cordero, en cuanto evidencia una característica trascendental de las decisiones administrativas, y es que no revisten el carácter de cosa juzgada, que es lo mismo que decir que no tienen carácter final (en palabras de Guasp) o que tienen naturaleza revocable (en palabras de Cordero). Agrega Bermúdez que otra de las razones para no darle tal carácter será que la función jurisdiccional debe ser imparcial al juzgar, además de haber una relación de igualdad entre las partes, lo que no sucede en los casos de “jurisdicción” administrativa²⁶.

Por lo demás, se ha entendido que no hay argumentos ni justificaciones potentes que impidan el ejercicio de estas facultades a la Administración, siempre y cuando se cuente con el debido acceso a la justicia mediante una adecuada revisión judicial posterior y un procedimiento eficiente que haga responsable a la Administración de los posibles daños hechos en la determinación y ejecución de sus

²⁵ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, 2º edición, Madrid, 1985, p. 91.

²⁶ El autor señala así que “En palabras sencillas, la confusión viene dada, porque al igual que el juez el funcionario aplica el ordenamiento jurídico y resuelve algo, pero para que sea jurisdiccional, es necesario que se cumplan otros requisitos, tales como la independencia e imparcialidad que un juez debe tener y la relación horizontal –de igualdad jurídica- que debe existir entre las partes”. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2º Edición actualizada. Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters, p. 275.

sanciones²⁷, pudiendo ser este el principal problema, que se configuraría ya no en el aspecto constitucional, sino que en su perspectiva procedimental.

C. Limitaciones

Teniendo claro el panorama general respecto de la evolución de las potestades sancionadoras de la Administración, nos toca ahora analizar otra de las discusiones que giran en torno a ésta: los límites que se le deben imponer. Para ello tenemos que zanjar varias preguntas, entre ellas: ¿Emanan del Derecho Penal las potestades sancionadoras de la Administración? ¿Es autónomo el Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal? ¿A qué se refiere tanto la jurisprudencia como la doctrina cuando hablan del ejercicio “matizado” de estas atribuciones? El presente acápite no pretende resolver a cabalidad estas cuestiones, ya que no son la materia principal de este trabajo y tampoco son asuntos que se encuentren del todo zanjados, sin embargo, es necesario dar luces sobre las distintas visiones que sobre el tema se ha tenido con el objetivo de entender de manera más apropiada el ejercicio de esta potestad.

1. Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador

Para entender el momento en el que se comenzó a aplicar el marco penal al ámbito administrativo, hay que situarnos en la jurisprudencia de la década de los sesenta, donde a partir de lo sostenido por la Corte Suprema en fallo de 31 de marzo de 1966 se expuso *“Que la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno, pues ya hace cuarenta años, la Corte Suprema interpretó que la voz “condenados” del artículo 11²⁸ de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes*

²⁷ CORDERO, E; y QUINZACARA, E., Op.cit., p. 356.

²⁸ Este artículo señala textualmente que “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”.

*sufrían sanciones administrativas*²⁹. Reafirmando esta tendencia, la misma Corte el 12 de julio de 1966 en su considerando séptimo señaló que “(...) *el mencionado precepto comprende la condenación de una persona por cualquier hecho al que la ley sancione con una pena, y la multa... es una pena pecuniaria, y esta calidad punitiva no se desnaturaliza por el hecho de que la sanción sea aplicada administrativamente*”³⁰. Ambos fallos fueron pronunciados bajo la vigencia de la Constitución de 1925, por lo que al modificarse el artículo 11 de dicha Carta Fundamental, su entendimiento debió haber mutado a su vez. Sin embargo, se siguió previendo la aplicación de estos principios al marco administrativo, cambiando sólo en consideración a cómo debían ser adjudicados al incorporar el concepto de “matices” posteriormente.

Teniendo claro el origen de la aplicación del marco penal al administrativo, partiremos por responder la primera pregunta acerca de si el Derecho Administrativo Sancionador emana del Derecho Penal, idea que surge a partir de dos argumentos base:

(i) Idea de que sanción administrativa y pena tienen una misma identidad ontológica, radicando su diferencia entonces sólo en el grado o intensidad (tesis cuantitativa); o en que el delito se opone a principios morales generalmente aceptados, mientras que la infracción administrativa se encuentra en contradicción no ya con dichos principios, sino con los intereses de la administración (tesis cualitativa)³¹.

(ii) Idea de que Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador son manifestación de un único *ius puniendi* estatal.

Respecto a esto, Román afirma, en primer lugar, que el argumento ontológico es una cuestión que le compete a la filosofía en cuanto el significado metafísico de

²⁹ Esta idea se extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de julio de 2006, rol N° 480-2006, considerando 7°.

³⁰ C. Santiago, 13 marzo 2008, rol N° 8698-2001, considerando 6°.

³¹ Las ideas de tesis cualitativa y cuantitativa son explicadas en ROMÁN CORDERO, *Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*, cit. nota N° 11, p. 121-122.

“sanción”³² y que, independiente de esto, el que dos fenómenos sean idénticos desde esta perspectiva, no quiere decir que a su vez se rijan por los mismos regímenes jurídicos, por lo que la discusión relativa a la ontología sería inoficiosa, pudiendo prescindir de ella. En el mismo sentido se ha pronunciado Nieto para quien “*decir que dos fenómenos son iguales en la realidad no significa necesariamente que hayan de tener el mismo régimen jurídico; de la misma forma que el legislador puede dotar del mismo régimen jurídico figuras que en el mundo real son, sin duda alguna, ontológicamente diferentes*”³³. En segundo lugar, afirma que la existencia de un único *ius puniendi* es una ficción, pudiendo concluirse que se deberían aplicar los principios del Derecho Público Punitivo del Estado en lugar de los del Derecho Penal. Sin embargo, en el caso de que se considerara la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, al no tener éste bases dogmática y precisamente elaboradas, estos principios deberían ejercerse a modo de regla general, lo que permitiría la existencia de excepciones, dando paso a los llamados “matices”³⁴.

Visto de esta forma, se puede contestar la segunda pregunta, ya que desde el punto de vista de este autor, el Derecho Administrativo Sancionador sería autónomo del Derecho Penal³⁵, teniendo su “anclaje” en el Derecho Público, en particular en el Derecho Administrativo, por lo que su finalidad prioritaria será el interés público, siendo las garantías del perseguido objetivos secundarios dentro de ella, pero aplicándosele

³² Con esto nos referimos a que, al identificar sanción administrativa con sanción penal a partir de su ontología, es decir, el estudio de su ser, Román considera que es una cuestión que le compete a la filosofía, en particular a la metafísica, rama que estudia precisamente el ser, sus propiedades y sus causas primeras. Así, considera que identificar ontológicamente sanción penal y administrativa dice relación con una identidad en lo que comprendemos que es “sancionar”, cuestión que trasciende el Derecho Administrativo y que no bastaría entonces para argumentar la supuesta identificación entre una y otra.

³³ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3era edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 128.

³⁴ ROMÁN CORDERO, C. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*. Op.cit., p. 93-94.

³⁵ Así lo ha dicho expresamente al señalar que: “El Derecho Administrativo Sancionador es, en nuestra opinión, Derecho Administrativo Sancionador. No Derecho Penal. Se trata, en consecuencia, de una rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo”. ROMÁN CORDERO, C., *Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*. Op. cit., p. 137.

en muchos aspectos el Derecho Penal en razón de la falta de solidez dogmática que aún persiste en el Derecho Administrativo Sancionador.

Entonces, la principal diferencia con el Derecho Penal será que el Derecho Administrativo Sancionador no es, ni puede ser (para este autor), garantismo puro, ya que antes que ello debe defender el interés general y colectivo³⁶. Agrega además que las garantías del perseguido administrativamente no provienen del Derecho Penal sino del Derecho Público y del Derecho Administrativo, garantías que deben ser menos intensas, en tanto el Derecho Administrativo Sancionador protege, por regla general, el derecho a la libertad de empresa, mientras que el Derecho Penal protege el derecho de la libertad personal³⁷.

Por su parte, Cordero Vega alude al consenso generado en nuestra jurisprudencia sobre la aplicación de los principios penales al ámbito administrativo en virtud del argumento del *ius puniendi* único que antes esgrimíamos, aludiendo a que esta visión se habría consolidado con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el conocido caso de la Ley de Caza en el año 1996 (STC Rol N° 244)³⁸ donde se permitió esta extrapolación debiendo ser aplicados los principios “por regla general”. Sin embargo, señala que en la actualidad el mismo Tribunal ha terminado moderando los efectos de ellos al aplicarlos con “matices”. Por otra parte, coincide con la idea de Román en relación a la autonomía del Derecho Administrativo al hacer referencia a que “la más destacada literatura” ha indicado que la potestad punitiva de la Administración es de naturaleza administrativa y no penal³⁹. Sin embargo, difiere con él al exponer que tal consideración es sin perjuicio del estatuto común al que se encuentran sometidas las penas y sanciones administrativas por su identidad ontológica, lo que pareciera decir que este autor sí considera como importante este último argumento.

³⁶ ROMAN CORDERO, C. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*. Op. cit., p. 115.

³⁷ Ibid, p. 126.

³⁸ Más explícitamente el Tribunal Constitucional sostuvo en su considerando 9° que: “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.

³⁹ CORDERO VEGA, L. Op. cit., p. 511.

Ahora bien, respecto al mismo asunto, Bermúdez afirma que uno de los elementos que determina la existencia del Estado es el monopolio del ejercicio de la fuerza y la supresión de los poderes de autocomposición de los sujetos privados. Acude a las palabras de Nieto para decir que, en ese sentido, la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal son parte de un *ius puniendi* estatal genérico⁴⁰. Sin embargo, esta conceptualización así concebida daría cabida, a su entender, para que se dé por superada la subordinación del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal, existiendo significativas diferencias entre uno y otro⁴¹, entre ellas:

- Existen dos clases diferentes de normas: Por un lado, nos encontramos con las normas penales, que tipifican y sancionan delitos, estando contenidas en el Código Penal y leyes penales especiales. Por el otro lado, tenemos las normas administrativas, que tipifican infracciones administrativas, las que se encontrarían dispersas en el ordenamiento jurídico. Vemos aquí dos diferencias, la primera pareciera condecirse con la tesis cuantitativa de las sanciones administrativas en cuanto se destaca la diferenciación según la gravedad del ilícito al ser uno definido como “delito” y el otro como “infracción”; la segunda tiene que ver con la fuente reguladora.

- Órgano sancionador: En el Derecho Penal será el juez quien castigue el delito, mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador esta tarea le será encomendada al órgano administrativo que cuente con tal potestad. Aquí podemos ver cómo Bermúdez también distingue entre ambas funciones, la jurisdiccional de la administrativa.

- Procedimiento: En el ámbito penal se lleva a cabo un procedimiento penal judicial, y en el administrativo, un procedimiento sumario o administrativo.

- Sanciones: El juez penal puede imponer sanciones privativas de libertad, lo que le está prohibido a la Administración. Esto se condice nuevamente con la gravedad del delito, por lo que tiene relación con la tesis cuantitativa antes expuesta.

⁴⁰ BERMÚDEZ SOTO, J. Op. cit., p. 278.

⁴¹ Ibidem.

A su vez, utiliza como argumento de texto el artículo 20 del Código Penal, ya que indica que no se reputará como pena “*las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas*”, por lo que se excluiría expresamente del ámbito penal la sanción administrativa más común, la multa.

Por su parte, Letelier⁴² considera que, siendo verdad que no hay una regulación administrativa general, es falsa la constatación de que no existe regulación legislativa y administrativa en materia de sanciones administrativas, ya que hay una multiplicidad de leyes especiales aplicables al procedimiento administrativo y al contencioso-administrativo. Además, estima al igual que Cordero Vega, que las sanciones son actos administrativos, por lo que se le aplica supletoriamente la Ley N° 19.880 (LBPA), sucediendo lo mismo con las normas constitucionales.

En virtud de lo expuesto, plantea entonces que la laguna a la cual hacen referencia los autores y jurisprudencia es una fabricada con el objeto de imponer mayores limitaciones y requisitos a las sanciones administrativas⁴³. Un ejemplo de la justificación de la aplicación de estos principios en una laguna existente, la vemos en Román⁴⁴, quien a pesar de defender la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, explica que por la ausencia de un cuerpo dogmático sólido, se deben aplicar los principios del Derecho Penal. Esto llama profundamente la atención, ya que el problema podría ser resuelto simplemente abogando por un cambio legislativo. Finalmente, al igual que Bermúdez, hace referencia al art. 20 del Código Penal chileno como un claro ejemplo de la separación entre penas y sanciones administrativas.

⁴² LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas*. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), p. 628-629.

⁴³ Así el autor lo describe de la siguiente manera: “La laguna es simplemente fabricada al momento de considerar (políticamente) insuficientes los requisitos y limitaciones expresados en las referidas leyes para las sanciones administrativas. En tanto un sector de la doctrina parece desear más limitaciones a esa potestad sancionatoria, la consideración de la existencia de una laguna permite la aplicación analógica del estatuto dogmático de una sanción que prima facie se le parecería (y que tiene más limitaciones) como es la sanción penal”. LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas*. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), p. 629.

⁴⁴ ROMÁN CORDERO, C. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*, Op. Cit., pp. 93-95.

Es así como, del solo hecho que el legislador opte por una u otra sanción en casos diversos, refleja que persiguen objetivos distintos, por lo que del origen común de ambas (poderes estatales), no se puede inferir que tengan una misma regulación. Este argumento es similar al que plantea Román, quien señala que la identidad ontológica relevante para la definición de sanción en cada una de las ramas no implica que se le deban aplicar iguales reglas.

Lo que justifica las diferencias entre ambos ámbitos son los objetivos perseguidos por el Estado con cada una de estas sanciones, así las administrativas se caracterizan por ser “*esencialmente el Derecho del daño acumulativo o, también, del daño derivado de la repetición, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito*”⁴⁵. Por el contrario, en el ámbito penal sí se castiga por el concreto acto aislado de la persona, lo que tiene que ver por supuesto con el objeto protegido en cada caso.

En conclusión, respecto de la primera pregunta creemos que la opinión de la doctrina denota un relativo consenso en cuanto a estimar que las potestades administrativas sancionadoras no provienen del Derecho Penal, lo que da pie para considerarlas autónomas, de ello se sigue que se haya pasado de llamar Derecho Penal Administrativo a Derecho Administrativo Sancionador. De esta manera, ambas ramas del derecho derivan de un Derecho Punitivo Estatal común y no una de la otra, a pesar de tener mayor evolución y desarrollo por su antigüedad el ámbito penal, debiendo tener esto claro al momento de trasladar las garantías penales al marco administrativo e incluso, en el sentido de cuestionarnos la idoneidad de ese mismo traslado.

Ahora bien, la pregunta que todavía queda en el aire es respecto a la aplicación de estas atribuciones de manera “matizada”, sobre todo en relación a su significado y las distintas consecuencias de su interpretación.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2º edición, Madrid: Civitas, 2001, p. 137.

2. Concepto de “matices”

La aplicación de los principios del marco penal al marco administrativo con “matices” es una tesis importada desde España a nuestro derecho. Así en la sentencia de 30 de enero de 1981, el Tribunal Constitucional Español se pronunció en el sentido de que *“los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (...)”*⁴⁶, pensamiento que luego se traspasaría a nuestro propio Tribunal Constitucional en el año 2006 a partir de los fallos Roles N° 479 y 480⁴⁷, donde se especificó que el estatuto constitucional establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República sería aplicable “con matices” al Derecho Administrativo Sancionador a pesar de haber diferencias entre las sanciones administrativas y las penas.

Así, se pasó de su aplicación “por regla general” con el fallo Rol N° 244 (Caso “Ley de Caza” al que hicimos referencia anteriormente) a su ejercicio con matices en virtud de la ausencia de principios elaborados para el Derecho Administrativo Sancionador, ya que sostener esta misma tesis sin adaptación de los criterios penales al ámbito al que fueron trasladados, implicaría *“negar la autonomía del Derecho Administrativo en su especialidad sancionadora y subordinarla no a la Constitución, como efectivamente procede, sino a otro Derecho Público como el Penal, lo cual no*

⁴⁶ El caso en particular fue extraído de: OKSENBERG GÓNZALEZ, Daniel y FLORES FERNÁNDEZ, Cristián. 2009. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el Derecho Administrativo Sancionador: Revisión Crítica, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 37.

⁴⁷ “Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19”. T. Constitucional, 27 de julio de 2006, rol N° 480-2006, considerando 5°. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 08 de agosto de 2006, rol N° 479-2006, en su considerando 8°.

*tiene fundamento constitucional*⁴⁸, construyéndose principalmente entonces como “una estrategia para neutralizar los poderes sancionadores de la Administración”⁴⁹.

En el fondo, se buscó prestar una cobertura teórica al Derecho Administrativo Sancionador, dado que el Derecho Penal era comparativamente mucho más evolucionado dogmáticamente. De esta forma, el profesor Juan Pablo Mañalich explica (citando a Nieto) que la aplicación de estos principios penales se ha hecho porque ellos “son los únicos que se conocen”⁵⁰, de manera que es por vía de una “generalización inductiva” que los estándares de legitimación originariamente instituidos como específicos de los regímenes de Derecho Penal pueden llegar a ser redefinidos, aun cuando “con matices” como auténticos estándares generales de derecho sancionatorio⁵¹, esto sin perjuicio de la opinión de Letelier (ya expuesta) en relación a que esta falta de desarrollo o regulación sería una laguna creada por parte de la doctrina con el objeto de imponer mayores limitaciones a las sanciones administrativas.

Lo anterior hace que la introducción del concepto a nuestro país sea hecho a través de la jurisprudencia la que, justificándose en el *ius puniendi* único del Estado, traslada los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, entendiendo esta aplicación matizada a modo de excepciones. Lo anterior en consideración a que el Derecho Penal no es el núcleo o matriz de los principios del *ius puniendi* al ser tanto éste como el Derecho Administrativo Sancionador, ramas independientes que derivan del Derecho Público Punitivo del Estado, por lo que no se deberán aplicar siempre todos los principios penales en el ámbito administrativo. Ahora bien, la aplicación de los matices se ha hecho de tal forma que la cantidad de graduaciones hechas al dogma del *ius puniendi* único en manos del Estado pareciera ser hoy en día, al menos, discutible.

⁴⁸ CAMACHO CEPEDA, Gladys. *La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora*, Revista de Derecho Público N° 69, 2004, p. 19.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 1° ed., Madrid: Tecnos, 1993, p. 146, en: MAÑALICH, *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*, cit. nota N° 21, p. 556.

⁵¹ Ibid.

La explicación de lo recién expuesto, radica en que si existe un *ius puniendi* general, entonces habría una suerte de identidad entre el ordenamiento penal y administrativo, lo que hace poco justificable la separación de sus principios. Sin embargo, la prohibición de realizar tal acción radica en que el objeto de protección de ambos ordenamientos es distinto, ergo, pareciera ser una obligación que los principios que debieran regir el procedimiento en cada uno de ellos sean divergentes⁵². En razón de lo expuesto, nos sumamos a la idea presentada por Pedro Bravo y Néstor Morales en razón de la cual *“Lo anterior dice relación con la necesidad de no desconocer que cada campo de manifestación del ius puniendi del Estado tiene sus propias singularidades y responde a sus propios fines. En suma, no se pueden trasladar miméticamente las garantías propias de un procedimiento judicial a un procedimiento administrativo”*⁵³. Es por ello que sucede el fenómeno de que al trasladar los principios del Derecho Penal, estos terminan cobrando una vigencia diversa, precisamente porque deben ser adaptados al objeto que regulan en el ámbito administrativo. A fin de cuentas, los matices hacen que en los hechos no pueda surgir la tesis de la identidad⁵⁴.

Conforme a lo dicho precedentemente, Bermúdez señala entonces que *“(…) dada la diversidad de las situaciones que comprende el Derecho Administrativo Sancionador, dichos matices serán, en ocasiones, de tal profundidad que de los principios del Derecho Penal, aplicados a las potestades sancionadoras de la Administración, solamente quedará algo más que el nombre”*⁵⁵. Al final es tal la indeterminación del concepto de “matiz” que nos deja casi en la misma posición de no tener principio alguno, ya que en una misma situación análoga, un órgano

⁵² En este mismo sentido se expresa Pablo Rando Casermeiro al señalar que *“es cierto que Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador constituyen conjuntamente el derecho punitivo del Estado. Pero hay un salto lógico entre esa afirmación y decir que Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador deban ser lo mismo”*. RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 51.

⁵³ BRAVO VEGA, Pedro y MORALES PALMA, Néstor. 2016. El concepto de sanción administrativa como límite a la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 183.

⁵⁴ En este sentido ver: HUERGO LORA, Alejandro. Las Sanciones Administrativas. 1ª ed. Madrid, Iustel, 2007, p. 35.

⁵⁵ BERMÚDEZ SOTO, J. Op. cit., p. 280.

administrativo podrá fallar de manera completamente diferente a la de su equivalente, lo que no garantiza ningún tipo de seguridad jurídica al particular. Así entendidos, los matices se configuran como una cuestión de hecho dependiente del órgano que los aplique, pasando de ser la excepción a la regla general. Por ello es apremiante la regulación de principios completamente autónomos de Derecho Administrativo como rama independiente que es.

Letelier opina de manera similar al señalar que *“Es un lugar común criticar que esa idea de ‘matices’ no entrega respuestas claras y nos sume nuevamente en un estado de baja predictibilidad de las sentencias futuras toda vez que aquellas matizaciones simplemente se entregan a la casuística judicial”*⁵⁶. Cree interesante que los tribunales afirmen la aplicación de principios penales generales a las sanciones administrativas y que después al matizarlos, terminen por desdibujarlos completamente. Al final, el proceso de matización tiene tal magnitud que hace irreconocibles a las garantías penales, tal como Nieto señala, no sabemos *“si lo esencial es la aplicación o, más bien, las matizaciones con que hay que realizarla”*⁵⁷, por lo que la mejor opción para el autor es un “retorno a lo administrativo”⁵⁸.

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que la concepción de los matices es una tesis traída de España donde gozan de una regulación constitucional conjunta tanto las penas como las infracciones administrativas⁵⁹, lo que permite vincular dichas

⁵⁶ LETELIER, R. Op. cit., p. 627.

⁵⁷ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4 ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 171.

⁵⁸ Francisco Zúñiga habla de esto expresando que “Nosotros estamos entre quienes valoramos este retorno a la especificidad del Derecho Administrativo: la búsqueda entre aquellos principios pronto se mostró poco práctica, forzada, irreal y profundamente ideológica, lo que obligó a matizarlos, deformarlos en su aplicación a las sanciones administrativas”. ZÚÑIGA, Francisco, “El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, Fisco de Chile con Dör Zegers y otro”, *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2005), p. 412. En el mismo sentido pareciera opinar en algunos casos nuestra jurisprudencia al pronunciarse señalando que *“Al darse el paso de la asimilación debe, en consecuencia, matizarse la aplicación de los tradicionales principios del derecho penal, perdiéndose así la misma ventaja de la certeza que se trataba de alcanzar (...). Aunque se adopte entonces la doctrina que asimila ambos sistemas, se hace necesario luego reconocer las diferencias y construir una línea jurisprudencial y doctrinaria propia del Derecho Administrativo, en conformidad a los principios de esta rama y teniendo especialmente presente las garantías patrimoniales y de la libertad económica y no las de la libertad personal, cuando son las primeras y no las segundas las que están en juego”*. T. Constitucional, 08 de agosto de 2006, rol N° 479-2006, considerando 10°.

⁵⁹ En efecto, el artículo 25.1 de la Constitución Española preceptúa que “[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

sanciones de manera mucho más justificada y natural, lo que no sucede en nuestro país, donde la construcción de la teoría se hace más artificiosa y dudosa a medida que avanza. Esto hace pensar que la aplicación de dicha tesis carece de sustento en nuestra legislación, siendo una solución parcial frente al ejercicio de las garantías penales de manera directa, ya que, a fin de cuentas, su empleo conlleva una aplicación arbitraria de los mismos o bien, lisa y llanamente no se utilizan, por lo que nos encontramos en un espacio de abierta inseguridad respecto al modo de llevarlos a cabo.

3. Conclusiones

A modo de cierre vemos que, a pesar de que haya cierto acuerdo con relación a la autonomía que tiene el Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal, no hay claridad acerca de la justificación de la aplicación de los principios de uno al otro. Es más, parecieran haber más razones en favor de no hacerlo, ya que el objeto de protección en cada uno de estos ámbitos es diametralmente opuesto. La consecuencia de esto entonces es que los tribunales mediante la utilización del concepto de “matices” terminen por compensar estas diferencias, lo que se opone al propósito del procedimiento per se en cuanto no hay seguridad en el modo de emplearlos. Sin embargo, la problemática cambiaría en el caso de que esa discrecionalidad se utilizara de manera uniforme por los tribunales, ya que en esa situación el precedente podría delimitar esta noción que se tiene de los matices, creando finalmente una base jurisprudencial que fijara cuándo, cómo y por qué utilizar este concepto en el caso concreto

De manera similar ha opinado nuestra jurisprudencia al señalar que “(...) *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”⁶⁰.

Por ello, para comprender cómo funcionan o cómo se justifica la aplicación de las sanciones administrativas, se debe acudir a un análisis funcional y no formal de las mismas, ya que la aplicación de las garantías penales no será neutra, provocando importantes efectos jurídicos que entorpecen la eficiencia en el ámbito público, por lo que la justificación de la aplicación de las garantías penales a las sanciones administrativas denota un mal enfoque en el sentido de que éstas no pretenden proteger a los particulares, sino que el interés general y en ese sentido buscan el cumplimiento de deberes jurídicos públicos⁶¹.

D. Funciones

Teniendo claro cómo han ido evolucionando las potestades sancionadoras de la Administración en la doctrina y jurisprudencia, además de la discusión sobre su origen y autonomía como rama del derecho independiente del ámbito penal, nos toca en esta sección tratar de vislumbrar las funciones que las sanciones cumplen en el contexto jurídico-social.

¿Por qué explicar las funciones de las sanciones? Porque, siguiendo al profesor Mañalich, en el contexto en el que nos encontramos, no podemos entender las sanciones de manera nominal en cuanto, estemos de acuerdo o no, los principios penales son aplicados a modo de estándar común en el derecho sancionatorio, estándares que, por lo general, se encuentran reconocidos a nivel supra-legal. Esto genera que, de ser entendida la noción misma de sanción nominalmente, se podría eludir fácilmente su sujeción a la normativa a partir de los mismos estándares supra-

⁶⁰ C. Suprema, 30 octubre 2014, Rol N° 1079-2014, considerando 9°.

⁶¹ En el mismo sentido se pronuncia Letelier al señalar que “Sólo de esta forma podremos comprender que la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas no representa una mejora de la potestad sancionatoria con enfoque ciudadano sino que es un cambio regulatorio que impacta directamente en la eficiencia de esas sanciones y en la forma como ellas protegen el cumplimiento de los deberes jurídicos públicos con un inmediato reverso en el bienestar ciudadano”. LETELIER, R., Op. cit., p. 636.

legales. Por ello, se hace necesario el entendimiento de las sanciones a partir de su función, distinguiéndose absolutamente en que *“ella[s] cuenta[n] como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al (previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento”*⁶².

Una vez aclarado esto y la concepción básica de lo que entendemos por sanción, pasaremos a explicar sus funciones a la luz de lo expuesto hasta el momento.

1. Fin disuasorio

En relación al apartado anterior, uno de los conflictos expuestos radicaba en que, según la mayoría de la doctrina, tanto las infracciones administrativas como las sanciones penales tienen un mismo origen en los poderes estatales. Sin embargo, tal y como concluimos, sus objetivos no deben ni tienen por qué ser los mismos, sobre todo en cuanto las penas se reconducen a fines que influyen de mayor manera en la persona individual, en especial desde puntos de vista retribucionistas, mientras que las sanciones administrativas buscan desarrollar e implementar políticas públicas buscando un bien mayor desde la perspectiva de las consecuencias que conlleva la contravención de normas por parte de las personas de modo general en el ámbito del orden público. He ahí que una rama se constituya como última ratio (Derecho Penal), mientras que la otra como prima ratio (Derecho Administrativo).

Si bien, en ambos casos hay contravenciones a la ley, el Derecho Administrativo busca evitar consecuencias “dañinas” para la población en términos de la *“trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito”*⁶³, siendo fundamental la faz preventiva o precautoria y disuasoria, antes que el mero castigo por el ilícito cometido, obteniendo de aquí los primeros fines a las denominadas sanciones. Asimismo, lo ha interpretado nuestra doctrina: *“Si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionadora es que ella se alinea con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un*

⁶² MAÑALICH, J., Op. cit., p. 547.

⁶³ LETELIER, Raúl. Op. cit., p. 633.

castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar”⁶⁴.

En virtud de esto es que las facultades sancionatorias son necesarias y, aún más, imperiosas, dada la urgencia con la que se deben tomar medidas que eviten los peligros que puedan ocasionar la violación conjunta de las normas dictadas, decisiones que deben asirse en un contexto de riesgo, incertidumbre e inmediatez, donde los entes puedan ser capaces de fiscalizar, dirimir y sancionar el actuar de los particulares. Es por ello que “(...) *el derecho sancionatorio administrativo es prospectivo, es decir, se legitima con miras al buen funcionamiento de un sector, atiende a la evitación o control de fuentes de peligro y, por lo mismo, es particularmente receptivo respecto de consideraciones prevencionistas o de disuasión*”⁶⁵.

Pero ¿cómo podemos lograr estos objetivos disuasorios? El profesor Letelier nos plantea diferentes métodos, entre los que podemos encontrar los siguientes:

- a) Imposición de multas óptimas que logren neutralizar la conducta incorrecta.
- b) Graduación de la multa en relación a la capacidad económica del infractor.
- c) Evitar entregar potestades sancionatorias a servicios públicos sin experticia en el sector en que fiscalizan.
- d) Que se conserve un procedimiento inquisidor, de manera que tanto interesados como imputados puedan aportar antecedentes dentro del mismo.
- e) Control contencioso-administrativo que permita una revisión de la decisión sancionatoria⁶⁶.

Otras ideas, tal y como lo menciona el profesor Van Weezel, pueden ir en la línea de abogar por la procedencia de una figura análoga a la “suspensión condicional

⁶⁴ Ibid., p. 637.

⁶⁵ VAN WEEZEL, Alex, “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, *Política Criminal*, Vol. 12, N° 24 (2017), p. 1008.

⁶⁶ LETELIER, Raúl. Op. cit., p. 679-680.

del procedimiento”, donde se puedan acordar condiciones a partir de las cuales las personas o empresas se sujeten a estándares de conducta más elevados, evitando los riesgos en el cumplimiento del castigo impuesto. Esto es lo que sucede en materia medio ambiental en particular con la Ley N° 20.417, donde se establece un mecanismo de suspensión condicional del procedimiento sujeto a condiciones específicas claramente reguladas⁶⁷.

A su vez, Van Weezel propone un modelo de intervención escalonado o *enforcement pyramid* para lograr la prevención de riesgos futuros y mejorar así el estándar defectuoso que dio lugar a la imposición de la sanción en primer lugar. Este modelo se asienta en que *“una infracción debe dar lugar en primer término a métodos de persuasión informales y amonestaciones. El segundo escalón lo conformaría la imposición de sanciones administrativas; el tercero la realización, de acuerdo con una autoridad o un tribunal o bajo su supervisión, de investigaciones internas y la imposición de responsabilidades individuales mediante procesos disciplinarios; el cuarto la imposición de sanciones penales (...) el sexto nivel lo conformarían las sanciones penales más graves tales como las interdictivas o la disolución (...)”*⁶⁸.

2. Fin de eficacia

Sumamente vinculado al fin disuasorio, tenemos que uno de los objetivos que el legislador tiene en consideración al dotar a los órganos administrativos de esta potestad es precisamente el de eficacia, constituyéndose como una fase dentro de la implementación de regulaciones sectoriales y, en definitiva, de políticas públicas que se buscan plasmar en ellas.

En este mismo sentido se han expresado nuestros tribunales, sobre todo en la sentencia Rol N° 1079-2014, donde a través de una extensa argumentación, nuestra Corte Suprema discurre sobre la diferenciación entre las sanciones penales y administrativas, expresando en su considerando 9° que *“El recurso a los principios del*

⁶⁷ VAN WEEZEL, Alex. Op. cit., p. 1032.

⁶⁸ Ibid, p. 1034.

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”⁶⁹. Este fallo es importantísimo en la materia, ya que no solo explica la eficacia como uno de los fines de la Administración, sino que también hace ver uno de los puntos tratados en este trabajo en consideración a la aplicación de las garantías y principios penales a los órganos administrativos, aplicación que termina por desfigurar y “desnaturalizar” (usando los mismos términos que se señalan en la sentencia) el derecho sancionatorio administrativo.

Entonces, como nuevo fin tenemos que el legislador opta por entregar a la administración la potestad de imponer sanciones para dotar de eficacia a una determinada regulación, cuestión importantísima que será más desarrollada en el capítulo 2 de nuestro trabajo y que explica la sucinta referencia hecha en este acápite.

3. Desarrollo de políticas públicas

Otra fundamentación de las sanciones radica en la conexión de la Administración con el Estado de Derecho, de manera que al aplicarse con el objeto de lograr el desarrollo de políticas públicas, es una función que sólo puede llevar a cabo el Poder Ejecutivo, ya que este es el único que tiene como obligación buscar la consagración del interés general.

Es el legislador el que le da posibilidad de elección a los entes administrativos a través de distintas vías que le permiten solucionar alternativamente los conflictos dados⁷⁰, siguiendo de esta manera una cadena que se remite y basa consecuentemente en la ley, protegiendo la legitimidad democrática del sistema. De esta manera, al depender las sanciones de la aplicación de las leyes y reglamentos,

⁶⁹ C. Suprema, 30 de octubre de 2014, Rol N° 1079-2014, c. 9°.

⁷⁰ SANTAMARIA PASTOR, J.A, *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 886.

queda establecida la conexión entre Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho, ya que “(...) *los derechos fundamentales propios de un Estado de Derecho exigen ciertos niveles efectivos de garantía de parte del Estado, ya sea que éste actúe como prestador directo o como regulador de prestaciones realizadas por privados*”⁷¹.

Por otra parte, el control jurisdiccional de estos actos es necesario para velar por la protección individual de las personas y justificar la licitud de los mismos, estableciéndose así el equilibrio entre poderes del Estado, sobre todo con el objeto de no darle a la sanción el carácter de cosa juzgada, que por lo demás es uno de los puntos expuestos precedentemente para aseverar que, en la actividad sancionatoria de la Administración, ésta no se erige como juez.

En este mismo sentido, Román expone que las sanciones deben tener límites⁷², siendo una de las razones para establecerlos que el establecimiento de principios fijos permitiría consolidar el Estado de Derecho, cuestión en la que estamos todavía al debe y que tiene como consecuencia la aplicación de los principios penales, tal y como antes lo explicábamos.

Por estas razones se deben establecer métodos a través de los cuales, mediante la regulación, se logren los objetivos planteados por la Administración, como puede ser, por ejemplo, un sistema sancionatorio basado en modelos de cumplimiento, de manera que las sanciones impuestas no correspondan específicamente a la comisión de la infracción, sino que llamen a la adopción o mejoramiento del modelo o programa, lo que facilita también la aplicación de una *enforcement pyramid*, como la señalada en el capítulo 1, letra D, punto 1, en relación al fin disuasorio⁷³.

⁷¹ MONTT OYARZÚN, Santiago: *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010, p. 20.

⁷² Así, señala que las razones para imponer estos límites son (además de la expuesta):

1. Que las potestades en comento son potencialmente lesivas de derechos fundamentales.
2. Que se evitaría un trato desigual en el ejercicio de estas potestades por distintos órganos.
3. Que desincentivaría la tendencia a infringir el ordenamiento jurídico por ser considerado fácil de eludir.

ROMÁN, Cristian, *El Castigo en el Derecho Administrativo*, Derecho y Humanidades, Vol 1, N° 16 (2010), pp. 160-161.

⁷³ En este sentido y para mayor información ver: VAN WEEZEL, *Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo*, cit. nota N° 64, p. 1037.

Todo esto permite finalmente que, al dotar a los órganos de estas potestades, se logre el buen funcionamiento de la regulación sectorial a futuro, uniendo así a través del objetivo de desarrollo de políticas públicas, tanto el fin preventivo o disuasorio como el fin de eficacia.

4. Búsqueda del bien común

A su vez y de suma relevancia, sino lo más importante, se ve en la realización del bien común por parte de la Administración, función que le es encomendada de manera constitucional y que es la principal directriz de su actuar, fijando el enfoque que se le deberá dar a su actividad en pos de evitar de manera (idealmente) total los riesgos a los que están sujetos los particulares, viendo en las sanciones una herramienta idónea para lograr tal fin, cual es, proteger el interés público, ya que vinculado al elemento disuasorio, sirve virtualmente como una amenaza que obliga al cumplimiento de los deberes administrativos.

Así, *“Sanctions are an important part of any regulatory system (...). A broad range of flexible and proportionate sanctions that can be applied in cases of regulatory non-compliance at an earlier stage improve outcomes for society as a whole. Moreover, having access to risk-based sanctions will help to raise standards across industry and create a level playing field for all compliant businesses”*⁷⁴.

⁷⁴ Traducción libre: “Las sanciones son una parte importante de cualquier sistema regulatorio (...) Un amplio rango de sanciones flexibles y proporcionadas que pueden ser aplicados en casos de incumplimiento regulatorio en una etapa temprana mejoran los resultados para la sociedad entera. Más aun, tener acceso a sanciones basadas en el riesgo ayudará a elevar los estándares en las industrias y crea un campo igualitario de juego para todos los negocios”. MACRORY, Richard, Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, Final report. London: Macrory Review, 2006. <http://www.webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://bis.gov.uk/files/file44593.pdf>, en LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas*, cit. nota N° 35, p. 676.

5. Conclusiones

Teniendo claro lo expuesto y vinculando este apartado con las letras B y C de este mismo capítulo, podemos ver la importancia de las funciones de las sanciones administrativas, ya que ello nos permite delimitar con mayor precisión su ejercicio y, más aun, entender la diferenciación que tiene con el Derecho Penal. De este modo, la transferencia de garantías o principios penales al Derecho Administrativo se configura como un traspaso artificial que, si bien en un comienzo pudo haber sido comprendido en virtud de la ausencia de desarrollo dogmático del Derecho Administrativo, en la actualidad cada vez va perdiendo mayor vigencia a la luz de los avances que se han obtenido en el estudio del mismo.

Conforme a esto, entendemos que con los fines expuestos, se puede comenzar a dar un cierre al debate entre el supuesto origen común de las sanciones administrativas y penales, del que deriva la aplicación de los principios de un derecho al otro, ya que definiendo los objetivos del castigo en el ámbito administrativo queda aún más en evidencia que los propósitos de ambas ramas del derecho son distintos, cuestión que exige una reforma en el ámbito legislativo y en el jurisprudencial, en cuanto también depende de los tribunales el comprender a cabalidad el *modus operandi* de las sanciones administrativas y, por ende, su ejercicio separado de las garantías penales.

A fin de cuentas, creemos que el entendimiento íntegro de las funciones de las sanciones administrativas nos lleva, nuevamente, a un punto trascendental: la exhaustiva regulación del debido proceso. Ya que, como expone el profesor Van Weezel⁷⁵, teniendo claras las metas de las sanciones en este ámbito, bastan los principios de necesidad y debido proceso para llevarlas a cabo, sin la condición de aplicar las “garantías penales” para ello, ya que su asimilación desnaturaliza el derecho sancionatorio administrativo, impidiéndole lograr sus propósitos.

Finalmente, a pesar de que algunos autores consideren a las sanciones administrativas y penales como parte de un mismo *ius puniendi* estatal, tal y como lo

⁷⁵ VAN WEEZEL. Op. cit., p. 1029.

expusimos anteriormente, la función de las sanciones administrativas es otra, y es que fundamentalmente se justifica su existencia porque:

(i) La defensa del interés público debe ser especializada e inmediata.

(ii) Constituye el mecanismo idóneo, tanto económica como procedimentalmente hablando, para la coacción de los particulares obteniendo de esta forma el cumplimiento de sus deberes administrativos.

(iii) La imposibilidad de sustitución mediante sanciones penales o de otra índole hace necesaria su interposición para el desarrollo de políticas públicas.

CAPÍTULO 2:

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y EFICACIA EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Una vez desarrollado un análisis general de la potestad en cuestión, particularmente habiendo comprobado la existencia e importancia de la misma, nos parece relevante tocar otro punto trascendental para este trabajo, que dice relación con el estudio de los principios de eficiencia y eficacia, de modo tal que ellos sirvan como fundamento de la conveniencia de la determinación de sanciones en sede administrativa, presentándose los órganos administrativos como mejor opción frente a la justicia ordinaria, siendo esta una de las justificaciones al rechazo del fallo que se analizará en el siguiente capítulo.

A. Estudio conceptual de los principios

En primer lugar, entendemos por “eficiencia” al deber de actuar relacionando el coste de los recursos con los objetivos alcanzados, es decir, el uso racional de los mismos. Por su parte, eficacia será el *“Principio por el cual las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad”*⁷⁶.

Ambos principios, deben ser analizados desde la perspectiva del Derecho Administrativo de la “luz verde” -concepto introducido por Carol Harlow y Richard Rawling- el cual enfoca su misión en lograr el denominado “bien común” como un instrumento de eficiencia y eficacia de la actividad estatal. De esta manera se busca un apropiado y oportuno diseño y ejecución de políticas públicas regulatorias, siendo una de sus directrices el concepto de “buena administración”, cuya cuna de nacimiento tuvo lugar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza en el año 2000, pudiendo ser entendida como *“aquella que adopta decisiones de calidad que valoran eficientemente todos los intereses en juego a través de cauces de*

⁷⁶ RODRIGUEZ ARANA, J., *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Colombia, núm. 6, 2014, p. 50.

*acción abiertos y participativos materializados en el debido procedimiento administrativo*⁷⁷.

Lo anterior, es decir, los principios expuestos y su relación con la teoría de la luz verde, forman parte de la pretensión de responsividad del Derecho Administrativo⁷⁸, cuyo objetivo es contribuir al interés general, por lo que se priorizarán formas de control democráticas y políticas antes que las judiciales, teniendo como principales destinatarios a los funcionarios públicos, administradores y políticos, tal y como explica Sunstein en el caso de USA: *“Notablemente, los Presidentes Reagan, Bush y Clinton decidieron aislar al análisis costo-beneficio del poder judicial; esto sobre la teoría que la revisión judicial produce demora, confusión y error, y especialmente conforme a la idea que los jueces carecen de representatividad (accountability) democrática y capacidad técnica para determinar los hechos (fact-finding competence)”*⁷⁹.

Con relación a esto, es que el ideal de esta teoría es la buena administración que describíamos, la que se concretiza en forma de distintas metodologías de diseño institucional que pueden clasificarse en⁸⁰:

⁷⁷ HERNÁNDEZ, J.I., *El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 16, 2012, p. 211.

⁷⁸ La pretensión de responsividad del Derecho Administrativo dice relación con un derecho sensible y moldeable a las necesidades sociales y económicas que debe regular. Hay un énfasis en el desarrollo y facilitación de la función pública, de manera tal que *“el Derecho no se concibe como una dogmática cerrada a las consecuencias de las normas, sino que, por el contrario, exige al ordenamiento una ‘completa [e] inteligente consideración de los hechos sociales sobre los cuales debe proceder y a los cuales debe aplicarse”*. Roscoe Pound, citado por Philippe Nonet y Philip Selznick, *Towards Responsive Law. Law & Society in Transition* (4ª ed., Transaction Publishers, New Brunswick 2008), p. 73 en: MONTT, Santiago, *Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

⁷⁹ Cass R. Sunstein, “Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State”, 48 *Stanford Law Review* 247, 287 (1996) en: MONTT, Santiago, *Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010, p. 17.

⁸⁰ MONTT, S., *Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales.*, Op. Cit., p. 12. Para más información ver: Jerry L. Mashaw, Greed, Chaos & Governance. Using Public Choice to Improve Public Law (Yale University Press, New Haven 1997); y Steven P. Croley, Regulation and Public Interests. The possibility of Good Regulatory Government (Princeton University Press, Princeton 2008).

- a) Negativas o anti-pesimistas: apuntan a superar las fallas de gobierno o captura del regulador y están sustentadas en los principios de transparencia, probidad, publicidad y participación.
- b) Positivas o de interés público: apuntan a optimizar la efectividad y eficiencia de la actuación administrativa y sus efectos en la sociedad, que será el enfoque que nosotros le damos a las sanciones administrativas como medio para lograr este interés común.

Esta búsqueda del bien común se ve concretizada en el artículo 1 inciso 4⁸¹ de nuestra Carta Fundamental al definirla como una finalidad del Estado, debiendo por tanto promoverlo a través de diferentes instrumentos, siendo una de sus herramientas las sanciones administrativas, las que funcionarán como medios para alcanzar este interés general, a pesar de que su uso no tiene una convergencia unánime al poder apreciarse dos perspectivas del tema en cuestión:

a) La primera, asegura que el Estado no tiene competencia natural para ejecutar estas nuevas condiciones sociales, sino que la concreción de este concepto se logra mediante la colaboración con la sociedad, grupos intermedios, familias y personas naturales, siendo el bien común una “pauta de justicia social” que advierte las insuficiencias de la sociedad⁸², lo que conlleva una restricción en el uso de estas herramientas.

b) La segunda, entiende que el principio de servicialidad o la cláusula del Estado social, consagrado a su vez en el artículo en comento, debe ser entendido como una “máxima de interpretación” que ha de guiar el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, gozando de un “amplio margen de maniobra” para

⁸¹ Art. 1 inc.4 CPR: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Este principio de servicialidad es también reproducido por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) en su artículo 3 inciso 1, siendo a su vez concurrente en la doctrina la visión del Estado como un instrumento de materialización del bien común. Ver: CAMACHO, Gladys, *Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado*, en Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 261.

⁸² T. Constitucional, 13 octubre 2015, rol N° 2693-2014, c. 9.

la consecución de ese resultado⁸³, lo que permitiría el uso extendido de estos medios sancionatorios.

Es así como será materia del presente trabajo justificar la segunda perspectiva desde los principios de eficiencia y eficacia.

B. Justificación de la potestad sancionatoria a través de los principios

Teniendo claro lo expuesto precedentemente, nos toca ver mediante los principios en comento, la justificación de la preferencia entre los órganos administrativos por sobre los juzgados tradicionales como entes que imponen sanciones.

En este aspecto juega un papel crucial la eficiencia con la que pueden actuar los órganos administrativos en comparación a eventuales órganos jurisdiccionales que pudieran ejercer estas potestades, siendo más llevaderos los reclamos o denuncias que puedan hacer las personas naturales ante aquellos, tal y como sucede, por ejemplo, con el proyecto de reforma a la Ley de Protección de Datos Personales. De hecho, una de sus críticas es que al ser los individuos los encargados de proteger los derechos de autodeterminación informativa y privacidad, hay un desincentivo a la defensa de los mismos y un detrimento respecto del bien jurídico que se pretende proteger con la dictación de la ley, en cuanto les es menos oneroso, tanto en términos económicos como de tiempo y probatorios, aceptar la infracción cometida que iniciar un proceso investigativo ante tribunales⁸⁴. Esto tiene particular concordancia con la eficiencia en el desarrollo de las políticas públicas que se intentan potenciar con la respectiva dictación de la ley que sea.

⁸³ SCHMIDT-ASSMAN, E., *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, en: BARNÉS, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Global e Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 76.

⁸⁴ Esta crítica es tratada con mayor extensión en: BECERRA POBLETE, Pablo. *Potestades Sancionatorias en el Proyecto de Reforma a la Ley N° 19.628 de Protección de Datos Personales. Una Crítica*. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013, pp. [163-191].

Por otra parte, vemos que las personas naturales se encontrarán en desventaja *“tanto desde la perspectiva de la información de que dispone, como de la (falta de) capacidad técnica para participar con efectividad de un procedimiento que normalmente involucrará discurrir sobre complejos aspectos tecnológicos aparejados a las infracciones”*⁸⁵. Lo que no solo ocurre desde la perspectiva del particular que accederá al procedimiento jurisdiccional, sino también desde el ámbito de experticia del juez en la materia que le toque evaluar, ya que si el acceso a reclamos se ve directamente en esta sede, la tendencia será simplemente a hacer un análisis de forma y seguimiento del procedimiento reglado del servicio para tomar X decisión, lo que *“se debe a los límites propios de los Tribunales al entrar a valorar, sobre todo, las decisiones adoptadas por las Administraciones públicas en ámbitos de complejidad técnica y científica”*⁸⁶.

En consideración a lo previsto, se dice que los entes administrativos *“estarán mejor capacitados para asegurar el cumplimiento persuasivo de las normas cuando cuenten con facultades para aplicar sanciones administrativas”*⁸⁷, pudiendo de esta manera tanto cumplir con el espíritu de la ley, como proteger de manera eficiente los bienes jurídicos que se buscan fortalecer con la dictación de éstas, ya que, aludiendo a la teoría de las pistolas benignas o *“bening guns”*⁸⁸, con la simple amenaza se lograría el objetivo y el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones, por lo que se cumple la famosa frase *“el miedo guarda la viña”*.

De esta forma, tal como mencionábamos anteriormente, las complejidades a las que nos hemos visto inmersos desde la revolución industrial nos han trasladado a una moderna sociedad del riesgo, lo que demanda una *“intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la*

⁸⁵ Ibid, p. 176.

⁸⁶ RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2007), *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria*, Madrid: Marcial Pons, p. 232.

⁸⁷ MONTT, S., *Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales.*, Op. Cit, p. 21.

⁸⁸ Esta teoría radica fundamentalmente en la idea de que si el regulador cuenta con un amplio margen de acción donde se hallen desde negociaciones con el infractor hasta sanciones severas, se podrán establecer sinergias entre el castigo y la persuasión, tal y como lo señala Montt en el texto recién citado, de manera que la simple amenaza logre el cumplimiento de la norma, contando así con *“pistolas”* grandes, pero a fin de cuentas inofensivas.

*naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales*⁸⁹, que requiere por lo demás de un conocimiento técnico hiper-especializado⁹⁰ con el que rara vez cuentan los tribunales de justicia.

C. Ejemplificación de lo analizado: Fiscalía Nacional Económica

Un ejemplo de los beneficios que trae aparejado que un órgano administrativo sea el encargado de velar por el cumplimiento de la normativa en virtud de la eficacia y efectividad, lo encontramos en el caso de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”), servicio público descentralizado encargado de defender y promover la libre competencia en el país. Este ente presenta ventajas sustanciales en comparación con los privados en relación a la persecución de ilícitos multilaterales. Así, la tasa de éxito de la FNE en casos como lo son las colusiones es cercana a un 80%⁹¹, lo que contrasta de manera drástica con el número de victorias donde los demandantes son privados, las que solo llegan a un 15%⁹².

Estos datos no son baladíes en cuanto demuestran que el órgano que está encargado de velar por el bien común, prepondera muchas veces por sobre los privados cuando hablamos de fiscalizar y sancionar efectivamente los ilícitos cometidos. Las personas que pueden iniciar denuncias van a tener un desincentivo al vislumbrar los costos que implica acudir a tribunales, más aún ni siquiera sabrán (en muchos casos) cuándo deberán iniciarlas dadas las eventuales asimetrías de información que se podrían generar. Así, la FNE tiene ventajas comparativas cuando lo que se persigue son ilícitos multilaterales, donde el daño está disperso entre un sinnúmero de consumidores o víctimas, como pasa en el caso de la Dirección General de Aguas, que será nuestro ejemplo emblemático.

⁸⁹ CORDERO, E; y QUINZACARA, E., Op.cit., p. 354-355.

⁹⁰ MONTT, S., *Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales.*, Op.cit, p. 8.

⁹¹ Ver: FNE. Cuenta Pública 2012, Santiago: Inédito, p. 10. [En línea: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Texto-Cuenta-Publica-2012.pdf>] [Consulta: 20 de agosto de 2018].

⁹² Ibid.

A saber, esto sería el fruto de las constantes instrumentalizaciones que hacen los demandantes oportunistas del litigio⁹³, además de las ya mencionadas asimetrías, ya que la recolección de información se hace progresivamente más difícil y cara a medida que aumenta el número de damnificados, sin mencionar la coordinación que debe haber entre ellos para que se haga efectiva la denuncia. De esta manera, “*cuando el daño está disperso entre muchas víctimas, o la fiscalización requiere costos hundidos importantes, son los organismos públicos quienes tendrían la ventaja debido a su capacidad para capturar los beneficios asociados a la prevención general*”⁹⁴.

⁹³ Ver: McAfee, Preston, Mialon, Hugo, y Mialon, Sue (2008) “Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis”. *Journal of Public Economics*, N° 92 Vol. 10, pp. 1863-1875; Schwartz, Warren, y Wickelgren, Abraham (2011). “Optimal Antitrust Enforcement: Competitor Suits, Entry, and Post-entry Competition”. *Journal of Public Economics*, N°95 Vol. 7, pp. 967-972.

⁹⁴ PARDOW G, Diego. *El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 22 – N° 2 (2015) [pp. 419 – 451], p. 428 y 429.

CAPÍTULO 3:

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA JURISPRUDENCIA: EL CASO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

Habiendo contextualizado ya el surgimiento de la potestad administrativa sancionadora y la necesidad de la misma según lo dispuesto en los capítulos 1 y 2, procederemos a continuación a explicar y analizar el caso objeto de este trabajo, haciéndonos cargo de esta forma de los argumentos expuestos con anterioridad por parte de nuestra doctrina en relación a la exigencia de que existan órganos administrativos que puedan sancionar en virtud de su experticia técnica y su diferenciación con los entes jurisdiccionales, siempre y cuando su consagración se encuentre limitada por un debido proceso, cuestión que se argumentará en mayor medida en el capítulo 4.

A. Proyecto de Ley

Para entender de mejor manera el contexto, es necesario dar cuenta de los cambios propuestos en el Boletín N° 8.149-09.

En primer lugar, el proyecto fue presentado por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el 10 de enero del año 2012, mediante Mensaje N° 029-359. Dentro de los antecedentes del mismo, se establece que el régimen jurídico de las aguas continentales en Chile está fundado en el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de la República; en el Código de Aguas; en el Código Civil; y en los artículos 459, 460 y 461 del Código Penal. Si bien se reconoce la importancia de la materia en cuestión, el Mensaje señala que la legislación de este recurso es perfectible en muchos sentidos, entre ellos:

(i) Poca eficacia en torno a las medidas penales que sancionan la extracción no autorizada de aguas, contenidas en los artículos 459 y 460 del Código Penal.

(ii) No se logra un efecto disuasivo con los montos de las multas actuales, en particular, con relación a la sanción general del artículo 173 del Código de Aguas, cuya multa no puede exceder de 20 unidades tributarias mensuales. A su vez, al no existir una descripción de la conducta sancionada, la norma se ha transformado en inaplicable.

(iii) Las normas que conllevan entrega de información en virtud de extracciones de agua y transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas, han resultado insuficientes e ineficaces para cumplir su objetivo principal.

Por todo lo expuesto, los objetivos o ideas matrices del proyecto son:

(i) Aumentar la efectividad y cobertura de los tipos penales. Para ello se modificarán los artículos 459 y 460 del Código Penal.

(ii) Establecer las descripciones de las conductas sancionadas y nuevos límites para los montos de las multas, a la vez que criterios para la fijación de las mismas a través de la modificación del artículo 173, aumentando las multas hasta un máximo de 5.000 unidades tributarias mensuales.

(iii) Dotar a la Dirección General de Aguas, (en adelante “DGA”), de herramientas que le permitan recabar de forma más efectiva la información relacionada con recursos hídricos y derechos de aprovechamiento de aguas con el objetivo de evitar las asimetrías de información y hacer menos oneroso el procesamiento de ella, además de entregarle facultades sancionatorias.

B. Sentencia Rol N° 3958-17

Llegados a la etapa final de la discusión del proyecto de ley, con fecha 26 de diciembre de 2017, el Tribunal Constitucional dictó sentencia respecto de algunos numerales específicos que constituían materia de ley orgánica constitucional, siendo esto de especial importancia para nuestro trabajo, ya que de la crítica de su posición es que se alza nuestra hipótesis, en particular en lo referente a la necesidad de que

los órganos administrativos cuenten con facultades sancionatorias al ser más eficiente el ejercicio de ellas en sus manos.

Así, la disposición del proyecto de ley sometida a control preventivo de constitucionalidad fue particularmente el artículo 1 en sus numerales 9, 13, 16, 17, 21, 25 y 35⁹⁵, los cuales se referían fundamentalmente a la facultad de sancionar de la DGA, destacando en particular el numeral 21, que buscaba cambiar el artículo 172 agregándole un nuevo subtítulo sobre fiscalización, pero además el numeral 35, ya que es éste el que suprime la facultad de multar de los Juzgados de Policía Local, entregándosela directamente al órgano administrativo en cuestión.

De esta manera, los artículos del proyecto consultado tratarían en su esencia los siguientes temas:

- **Art. 1 N° 13, literal i), letra a):** Suprime la facultad del juez de letras para autorizar la paralización de obras o labores por parte de la DGA.
- **Art. 1 N° 16:** Determina nuevas atribuciones y competencias territoriales de la Corte de Apelaciones de Santiago y las demás del país.
- **Art. 1 N° 17, letra b):** Entrega una atribución propia de los tribunales a la DGA, cual es ordenar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus atribuciones.
- **Art. 1 N° 21:** Incorpora una nueva atribución de los tribunales de alzada al poder interponerse, respecto de las sanciones de la DGA, el recurso contemplado en el artículo 137, que se refiere a la posibilidad de reclamar en sede jurisdiccional, siendo competente para conocer del recurso la Corte de Apelaciones respectiva. Además, la parte final del inciso 1° del artículo 172 ter, confiere nuevas atribuciones a los jueces de letras para autorizar el auxilio de la fuerza pública dentro del procedimiento de fiscalización en lo que se refiere a las inspecciones en terreno.

⁹⁵ Con el objeto de no hacer muy extenso el estudio de la sentencia en particular, sólo se dará cuenta del contenido de las normas consideradas inconstitucionales en el espacio correspondiente.

- **Art. 1 N° 25, letras a) y b):** Dispone que si la ley no indicare la autoridad encargada de imponer la multa, será aplicada por el Juez Letrado del lugar en que se cometió la infracción, agregando que podrá ser ejercida con el solo mérito de la resolución administrativa. Además, confiere al juez una nueva atribución, cual es fijar un plazo para el pago de la multa.
- **Art. 1 N° 28, letra c):** Confiere una nueva atribución a las Municipalidades, no comprendida entre sus facultades esenciales, cual es entregar información sobre todos los proyectos y permisos aprobados en la respectiva repartición de aguas a la Junta de Vigilancia.
- **Art. 1 N° 35, letras a) y b):** Es suprimida la facultad que tenía el Juez de Policía Local para determinar las multas, siendo aplicadas ahora por la DGA.

Ahora bien, volviendo al tema que nos convoca, el Tribunal no dispuso que todas estas normas fueran inconstitucionales, sino que consideró que tanto las disposiciones contenidas en el número 16, como en los números 21, letra b) del número 25 y letra c) del número 28, serían acorde a nuestra Carta Fundamental, dejándonos con que las disposiciones contrarias a la Constitución Política serían el literal i) de la letra a) del n° 13; el numeral 17 letra b); el número 25 letra a); y la letra b) del n° 35, todas del art. 1 del proyecto.

Sin embargo, ¿por qué serían inconstitucionales cada una de estas normas? A continuación, explicaremos resumidamente el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto de los numerales discutidos.

1.- Art. 1 N° 13 letra a) literal i): *“Introdúcese las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:*

13. En el artículo 129 bis 2:

a) En el inciso primero:

i. Elimínase la frase “, previa autorización del juez de letras competente en el lugar en que se realicen dichas obras”.

ii. Agrégase la siguiente oración final: “Estas resoluciones se publicarán en el sitio web institucional”.

Según argumenta el Tribunal Constitucional, este numeral suprime una garantía constitucional, vulnerando el artículo 19 N° 3 y el artículo 76 de la Constitución Política de la República, al eliminar la necesidad de autorización del juez de letras para hacer uso de la fuerza pública, de modo que la DGA quedaría en total libertad de solicitar directamente el uso de la fuerza policial, lo que se catalogaría como un acto discrecional, ya que le correspondería a este órgano apreciar la potencialidad del peligro o perjuicio sin estar sujeto a ningún tipo de control por parte de los tribunales de justicia⁹⁶.

2.- Art. 1 N° 17 letra b): *“Introdúcese las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:*

17. En el artículo 138:

b) En el actual inciso único, que ha pasado a ser segundo:

i. Reemplázase la expresión “del Intendente o Gobernador respectivo”, por la siguiente frase: “directamente de la jefatura de la unidad de Carabineros más próxima o de la autoridad que corresponda, según el caso”.

ii. Sustitúyese la palabra “título” por la locución “Código, cuando exista oposición”.

Similar al argumento anterior, este numeral permitiría que la DGA ordene directamente el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las atribuciones que el mismo Código de Aguas le entrega.

⁹⁶ T. Constitucional, 26 diciembre 2017, rol N° 3958-17-CPR, considerando 19°.

En ambos casos destaca que los poderes de la Administración son refrenados de alguna manera mediante el control que ejerce la jurisdicción sobre sus actos, por lo mismo, es una garantía que se le da a la persona frente a posibles actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad, siendo por lo demás, propio de un Estado de Derecho la exigencia de motivos fundados para suprimir este respaldo judicial, lo que no habría sucedido en el caso en cuestión.

Por otra parte, se asevera la vulneración del artículo 76 de nuestra Constitución, en cuanto se le atribuye al ente administrativo funciones que son exclusivas de los tribunales de justicia, en particular la función jurisdiccional, ya que dentro de ella encontramos la competencia exclusiva de resolver las controversias, la cual incluye la facultad de impartir órdenes directas a la fuerza pública⁹⁷.

3.- Art. 1 N° 25 letra a): *“Introdúcese las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:*

25. En el artículo 175:

a) Intercálase, a continuación de la palabra “infracción”, la siguiente frase: “con el solo mérito de la resolución administrativa, fijando el plazo para su pago”.

Infringe también la garantía constitucional del debido proceso, ya que el juez letrado sólo podrá pronunciarse acerca del plazo al deber ser aplicada la multa *“con el solo mérito de la resolución administrativa”*. Ahora bien, el Tribunal asociaría esto a un impedimento por parte del infractor para reclamar judicialmente la determinación de la multa o su cuantía, infringiéndose el debido proceso al no poder contradecir en sede judicial las decisiones del ente administrativo y además por restarle una facultad al juez entorno a la aplicación de la sanción. Es por lo mismo, que se vería conculcado el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental, ya que éste permite a las personas reclamar contra todo acto de la Administración que lesione sus derechos⁹⁸.

⁹⁷ Ibid., considerando 21° y 22°.

⁹⁸ Ibid., considerandos 23° a 25°.

4.- Art. 1 N° 35 letras b): “*Introdúcese las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:*

35. *En el artículo 306:*

“(...) b) Suprímense los incisos segundo y tercero final”.

Se verían vulnerados a su vez los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política, al eliminar las garantías de acceso a un juez independiente e imparcial, contraviniendo así el debido proceso legal. Esto provoca que se deje a la total discrecionalidad de la DGA, todo lo atinente a la determinación de la multa, ya sea desde la concurrencia o no de la infracción, hasta la apreciación de los presupuestos que la configuran y la fijación del monto a pagar, asuntos que la ley comúnmente entregaría a los tribunales de justicia⁹⁹.

C. Disidencias de la sentencia Rol N° 3958-17-CPR ¹⁰⁰:

Ahora bien, es de suma relevancia exponer a su vez las disidencias con las que cuenta este fallo, sobre todo porque representan en su mayoría la opinión que hasta el día de hoy habría sido la actual en materia de sanciones administrativas.

1.- Voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña, y señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García y Domingo Hernández en relación a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 numeral 25 letra a).

Los Ministros no creen que la norma sea inconstitucional en cuanto el proyecto sólo le da un valor probatorio a la resolución administrativa, lo que no impide que los afectados controviertan la resolución. Por lo demás, la aplicación de la multa se hace

⁹⁹ Ibid., considerandos 26° y 27°.

¹⁰⁰ Se hará referencia sólo a aquellas disidencias que giren en torno a análisis de constitucionalidad de los numerales dispuestos.

en un juicio al tramitarse conforme a las reglas del procedimiento sumario, lo que dota al ejercicio de aplicación de la infracción de suficiente legitimidad para ser considerado como una facultad que se lleva a cabo dentro de un debido procedimiento, más aún si se tiene en consideración que cuenta con un período de prueba (artículo 684) y con la posibilidad de interponer recurso de apelación (artículo 691).

2.- Voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández en relación a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 número 13 letra a) literal i).

Los Ministros consideran que lo dispuesto en la norma ya estaría consagrado en el artículo 138 del Código de Aguas, ya que le da la facultad al Director General de Aguas de requerir del Intendente o Gobernador el auxilio de la fuerza pública, por lo que si se reconoce ya esta posibilidad, no habría problema en que se aplique la modificación en el proyecto¹⁰¹.

Por su parte, el objeto de protección de la DGA son los cauces naturales, suelo que es de dominio público, lo que le da un carácter de régimen jurídico especial, buscando evitar riesgos entre los cuales se encuentra la usurpación, siendo en virtud de esta protección que el ente administrativo puede recurrir al auxilio de la fuerza

¹⁰¹ En el mismo sentido se expresa el profesor Fernando Atria para una entrevista al diario “El Mostrador” de fecha 25 de enero de 2018, en cuanto al expresar su opinión en relación al fallo en comentario señaló expresamente que los intendentes tienen el deber de *“velar porque en el territorio de su jurisdicción se respete la tranquilidad, orden público y resguardo de las personas y bienes”*, facultándolos la ley para requerir el auxilio de la fuerza pública en el territorio de su jurisdicción para el cumplimiento de este objetivo. Por ello lo que se pretendía con la norma era que la Administración pudiera solicitar directamente este auxilio, sin embargo al declararse el artículo inconstitucional, la norma quedó fundamentalmente igual, sólo que se deberá pasar antes por el intendente, gobernador y juez, lo que termina siendo ilógico al ser los intendentes y gobernadores autoridades administrativas a su vez. A lo anterior, añade que se desprecia el derecho vigente en cuanto el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, establece que estos *“prestarán a las autoridades administrativas el auxilio de la fuerza pública que estas soliciten en el ejercicio legítimo de sus atribuciones”*, calificando así de “tribunal desatado” al organismo en comentario. [En línea: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/25/la-constitucion-protecte-el-abuso/>]. [Consulta: 17 de diciembre de 2018].

Encontramos que ambas razones tienen suficiente peso como para considerar que la declaración de inconstitucionalidad de dicho artículo entonces giró en torno al mero capricho del Tribunal Constitucional por mantener las dificultades que favorecen el entorpecimiento del actuar administrativo.

pública sin necesidad de tener el visto bueno previo de un juez, mecanismo que se conoce como “*coacción administrativa directa*”¹⁰². Es así, que la facultad a la que se refiere el numeral en cuestión se enmarca dentro del deber que le impone el artículo 299 letra c) del Código de Aguas a la DGA, debiendo “*ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad (...)*”¹⁰³.

En este mismo sentido hacen referencia a que la facultad de requerir el auxilio de la fuerza pública es con el objetivo específico de poder ordenar la inmediata paralización de obras o labores que se ejecuten en cauces naturales de agua cuando no cuenten con la autorización competente y que además pudieren ocasionar perjuicio a terceros, lo que es importante porque justifica la medida.

Otro de los argumentos esgrimidos por los Ministros disidentes tiene relación con que no comparten el raciocinio de que los tribunales gozan del monopolio para disponer del auxilio de la fuerza pública al no ser lo que establece el artículo 76 de la Constitución. Por lo que limitar esta función significaría entorpecerla, comprometiendo el orden público sin fundamento, en cuanto incluso el artículo 4 de la Ley Orgánica de Carabineros acepta que éstos puedan recibir órdenes de autoridades administrativas.

Finalmente, concluyen que la apreciación de la existencia o no de motivos fundados y justificados no puede estar vinculada sólo a los entes jurisdiccionales, ya que eso significaría suponer a toda costa la actuación de la administración como arbitraria, lo que no es correcto, en cuanto todos los actos administrativos necesitan de motivo, es decir, antecedentes de hecho y de derecho que los funden, y algunos incluso motivación, que significa explicitar los motivos en el acto propiamente tal. Es por esto que no sería procedente pensar que no existe una debida garantía para las personas, sobre todo si se considera que existe la posibilidad de impugnar las resoluciones ante la Corte de Apelaciones (artículo 137).

¹⁰² T. Constitucional, 26 diciembre 2017, rol N° 3958-17-CPR, c. 4°, p. 21.

¹⁰³ Referencia al artículo 299 letra c) del Código de Aguas señalado.

3.- Voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández en relación a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 del número 17 letra b).

Los Ministros argumentan en un sentido similar a lo ya expuesto, en cuanto el principal cambio hecho tiene relación con el artículo 138, permitiendo que el Director General de Aguas pueda requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, sin mediar autorización de ningún juez. De esta manera, esta facultad ya se encuentra en el actual Código de Aguas, cambiando solo el medio a través del cual se solicita, por lo mismo, la competencia del Tribunal Constitucional no alcanza a controlar las leyes vigentes a través del control preventivo.

A esto se le suma lo ya expuesto en relación con que la atribución de disponer de la fuerza pública no es entregada de modo monopólico a los tribunales, por lo que Carabineros puede recibir órdenes no sólo de parte de aquellos, sino que también conforme lo dicten las autoridades administrativas competentes.

4.- Voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña y señores Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández, en relación con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 número 35 letra b).

Los Ministros disidentes no consideran que sea inconstitucional la facultad de dictar sanciones en forma de multas por parte de la DGA, atribución que antes de la modificación le correspondía a los jueces de policía local, esto porque toda sanción administrativa se ve precedida de un debido procedimiento administrativo. Además, en contra de las resoluciones que dicte el órgano administrativo, proceden tanto los recursos generales de la Ley de Procedimiento Administrativo como el recurso de reconsideración (artículo 136 del Código de Aguas) y reclamo ante la Corte de Apelaciones con el objeto de impugnar la resolución directamente o la reconsideración (artículo 137 del Código de Aguas).

Dado lo anterior, se asegura que más que una falta de principios sustantivos y de debido proceso, pareciera reprocharse directamente la capacidad de sancionar de la administración, cuestión que aseveran habría quedado atrás en la jurisprudencia de la Magistratura¹⁰⁴.

D. Críticas al fallo

En Chile nos situamos dentro de un contexto de economía mixta, por lo que las actividades esenciales para los consumidores o usuarios son llevadas a cabo en su mayoría por las empresas privadas, pero también por el Estado. Esto hace que la regulación de los servicios en general sea de suma importancia, ya que dependiendo del mercado en que nos hallemos y sus características, la Administración y los servicios públicos encargados de abastecer a las personas de sus necesidades esenciales, tendrá que adecuarse para suplir las fallas que en él se puedan encontrar. Reconocemos que el Estado debe tener limitaciones, pero el entender esto implica también comprender que le compete a la Administración intervenir en los campos en los que son más importantes las fallas de mercado¹⁰⁵.

Sabemos que el mercado de las aguas se caracteriza por ser un monopolio natural, cuyo concepto es definido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante “CEPAL”) como *“una actividad en la que, en virtud de sus características técnicas intrínsecas, los costos totales de producción son menores cuando la producción está a cargo de un único proveedor del servicio que cuando ésta se divide entre dos o más proveedores”*¹⁰⁶. Esto es relevante en cuanto, además de lo descrito por la CEPAL, los monopolios naturales se caracterizan por constituirse como una falla de mercado que contradice el ideal de Smith en cuanto *“el Estado [debe] desempeñar un papel limitado”*¹⁰⁷, ya que, contrario a sus ideales, la competencia y el

¹⁰⁴ T. Constitucional, 26 diciembre 2017, rol N° 3958-17-CPR, p. 28.

¹⁰⁵ Para más opiniones como esta ver: STIGLITZ, Joseph E. (2003). “La economía del sector público” 3ra edición, Antoni Bosch Editor, Barcelona, España.

¹⁰⁶ JOURAVLEV, Andrei, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural*, Santiago de Chile, CEPAL ECLAC, 2001, p. 8.

¹⁰⁷ STIGLITZ, J. Op.cit., p. 13.

ánimo de lucro no siempre lleva a los individuos a servir al interés público. Así, la mano invisible no basta para producir lo necesario al mejor precio posible al no suceder esto de la manera indicada cuando nos encontramos con fallas como los monopolios naturales y asimetrías de información.

En este contexto, nos encontramos con que el Derecho puede ser utilizado como un medio o una herramienta para entregar eficacia en el sentido de alcanzar una finalidad concreta: *“garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer”*¹⁰⁸. Asimismo, el mercado también puede ser un instrumento valorado para alcanzar las finalidades del Estado, pero siempre y cuando no tenga fallas en su funcionamiento. Por ello, el Derecho debe diseñar modelos de regulación que permitan tanto el desarrollo de mercados y competencia, a través de diferentes medidas entre las que encontramos las sanciones y medios coercitivos, así *“ante las fallas de mercado (monopolios naturales, información asimétrica, externalidades, etc.) se desarrollan las técnicas de intervención que conforman el Derecho regulatorio (...). En definitiva, no cualquier regulación determina que un mercado tenga esta condición, pues se requiere la existencia de un supuesto previo (fallas del mismo) y de una intervención más intensa por parte de los órganos administrativos en la gestión empresarial”*¹⁰⁹.

Tenemos entonces que la intervención de la Administración a través de medidas de policía u ordenación se justifican en cuanto los usuarios o consumidores de estos servicios no cuentan con la capacidad o los medios para determinar la calidad de los productos y/o servicios que se les ofrece, por lo que se hace necesario disciplinar ciertas actividades en razón del bien común o general, que es lo que se pretendía hacer al dotar a la DGA de potestades sancionatorias.

Ahora bien, en relación al ente en cuestión, la DGA es un órgano administrativo que se auto define como el encargado de promover la gestión y administración de los

¹⁰⁸ ARIÑO, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 589, en: CORDERO, Eduardo, “Sanciones administrativas y mercados regulados”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N° 1 (2013), pp. 121-122.

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 125.

recursos hídricos, velando por la sustentabilidad, el interés público y la asignación eficiente en su actuar. Es en este marco que su misión radica a la vez en proporcionar y difundir la información que recibe, desarrollando así un Catastro Público de Aguas, contribuyendo a la competitividad del país¹¹⁰.

Dentro de esta misión, tal y como señalamos precedentemente, el proyecto de ley en comento buscó potenciar las facultades sancionadoras del ente administrativo, dotándolo de poder suficiente para hacer efectivos y disuasivos los castigos que pretendía imponer mediante la aplicación de multas. Ahora bien, la entrega de esta potestad fue rechazada por parte del Tribunal Constitucional en un vuelco sin justificación a un modo de pensar que hoy en día se encuentra obsoleto¹¹¹, sobre todo si se toma en consideración la cantidad de órganos que en la actualidad concentran las facultades de sancionar y fiscalizar¹¹².

Por estas razones es que compartimos lo resuelto por los Ministros disidentes en razón de que no hay argumentos para no otorgar estas facultades, siempre y cuando se cuente con un debido procedimiento que permita que las resoluciones sean revisables por parte de los tribunales de justicia. En el mismo sentido se pronuncia Eduardo Cordero al señalar que *“en muchas ocasiones es necesaria una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales*

¹¹⁰ Información extraída de la página oficial de la DGA. [En línea: <http://www.dga.cl/acercadeladga/mision/Paginas/default.aspx>] [Consulta: 20 de agosto de 2018].

¹¹¹ Así lo dan a entender en el voto disidente de la sentencia Rol N° 4012-17-CPR, de fecha 18 de enero de 2018, en relación a las potestades del Sernac, en cuanto afirman que con este tipo de fallos se encontrarían ante una decisión refundacional en el Derecho Público chileno sin justificar las razones del cambio, señalando en el punto n° 130 (p. 101) gran número de fallos que argumentan la posición contraria, afirmando que en el voto de mayoría se retrocedería en la jurisprudencia de la Magistratura a principios de los 90', sin dar razones para desandar *“el largo y difícil camino recorrido”*.

¹¹² A modo de ejemplo encontramos (entre otros):

- Superintendencia del Medio Ambiente: Art. 3 letra o) y 35 a 62 de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.
- Servicio Nacional de Geología y Minería: Art. 2 n° 8 del Decreto Ley N° 3.525, de 1980, y arts. 17 y 590 del Decreto Supremo N° 132, del Ministerio de Minería, de 2004, Reglamento de Seguridad Minera.
- Comisión Chilena de Energía Nuclear: Art. 11 del Código de Minería.
- Servicios Sanitarios: Artículos 4°, 11, y 12 del Decreto con Fuerza de Ley N°382, del Ministerio de Obras Públicas, de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras: Artículos 19, 23, 29, 36, 80, 84 y 96 del Decreto con Fuerza de Ley N°3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, que refunde la Ley General de Bancos.

y que exige, por lo tanto, asumir tal función a través de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional, que es lo que sucede con el Derecho regulatorio”¹¹³, esto en cuanto de esta forma se asegura el no otorgamiento de cosa juzgada a la resolución, cumpliendo con la garantía constitucional de acceso a la justicia, cuestión que se demuestra con la existencia de los artículos 136 y 137¹¹⁴ en el Código de Aguas, además de los recursos generales a los que se puede acceder mediante la Ley de Procedimiento Administrativo. Esto último denota entonces la importancia del procedimiento, cuestión que se verá con mayor detalle en el capítulo 4 de este trabajo.

Ahora bien, en relación con otro asunto, sumamente conectado con la eficiencia, hay que destacar el aumento de las multas que conlleva el proyecto de ley de la DGA, ya que se configura como una herramienta que robustece y potencia el sistema, al ser un elemento óptimo de disuasión, la que depende de dos factores: (i) severidad cuantitativa de la sanción y (ii) probabilidad de que el castigo se imponga efectivamente. De esta manera *“Aumentar la probabilidad del castigo supone actividades costosas, como mejorar los organismos de fiscalización o aumentar los recursos con que cuentan nuestros tribunales, mientras que aumentar la severidad nominal de las sanciones es relativamente barato”*¹¹⁵, por lo que desde el punto de vista de la eficiencia, el proyecto cumple con su objetivo al aumentar al máximo la

¹¹³ CORDERO, Eduardo, *Sanciones administrativas y mercados regulados*, Op. cit., p. 127-128.

¹¹⁴ Código de Aguas:

- **Art. 136:** Las resoluciones que se dicten por el Director General de Aguas, por funcionarios de su dependencia o por quienes obren en virtud de una delegación que el primero les haga en uso de las atribuciones conferidas por la ley, podrán ser objeto de un recurso de reconsideración que deberá ser deducido por los interesados, ante el Director General de Aguas, dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación de la resolución respectiva.

El Director deberá dictar resolución dentro del mismo plazo, contado desde la fecha de la recepción del recurso.

- **Art. 137:** Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda.

Serán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso.

Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión.

¹¹⁵ PARDOW, D., Op. Cit., p. 427.

magnitud de las multas. Así lo defendieron los diputados en la discusión general del proyecto, ya que consideraban que las penas actuales sólo ayudaban a mantener en impunidad a los que cometen el grave delito de extracción de aguas¹¹⁶.

A pesar de lo anterior, fue una constante preocupación dentro de la Cámara de Diputados el elevado piso de las sanciones pecuniarias, sobre todo en consideración a que los pequeños agricultores no iban a ser capaces de pagarlas. Mencionamos esto, porque es aquí donde nuevamente radica la importancia de que sea el órgano administrativo quien imponga las multas, ya que gracias a la información con la que cuenta y sus facultades de fiscalización tiene mayores herramientas para imponer sanciones proporcionales, justificándolas ya sea dependiendo de la capacidad económica del infractor, el volumen de agua usurpado o en la reincidencia respecto del ilícito cometido, entre otros.

1. Relación con asimetrías de información

Es por lo anterior que en la sentencia Rol N° 4012-17 del mismo Tribunal Constitucional en relación a la entrega de potestades sancionadoras al Servicio Nacional del Consumidor (en adelante Sernac), el voto disidente argumentó en igual sentido, poniendo énfasis en un punto de trascendental importancia: las asimetrías de información respecto de aquellos a los que busca proteger las reglas dictadas, ya sea en el ámbito de la regulación de las aguas (como es nuestro caso) o desde el punto de vista de los consumidores.

En base a lo expuesto y, haciendo una analogía con nuestro derecho de la libre competencia, se dice que la *“elección entre lo público y lo privado depende del costo de reunir la información necesaria. En casos donde los daños del ilícito se manifiestan en un patrimonio concreto, como sucede con el abuso de posición dominante, la propia víctima tiene acceso a la información a bajo costo y puede llevar adelante el caso*

¹¹⁶ Cámara de Diputados, Legislatura 360°, Sesión 36°, martes 5 de junio de 2012. Discusión general en torno a la Modificación de normas sobre aguas en materia de fiscalización y sanciones. Primer Trámite Constitucional, pp. 56 – 80.

*privadamente. Al contrario, si la víctima es una noción difusa, como sucede con el ilícito de colusión y la clase general de consumidores afectados, los organismos públicos tendrían ventajas comparativas debido a su mayor capacidad para construir economías de escala*¹¹⁷.

Desde esta perspectiva, ¿quién será más apto para realizar el *enforcement* de las normas de protección? ¿los tribunales o el ente encargado de fiscalizar las conductas que contravienen estas normas? Es la misma OCDE la que nos da la respuesta, ya que entre sus recomendaciones para conceder una mejor protección al consumidor financiero, está la de *“otorga[r] mandato específico a una autoridad reguladora y fiscalizadora, con poderes suficientes para llevar a cabo la regulación y la fiscalización para la protección del consumidor financiero, haciendo seguimiento del cumplimiento de las normas, emprendiendo acciones de enforcement cuando lo estime pertinente frente a problemas con la aplicación de la normativa y para tratar con los reclamos del público*¹¹⁸.

La diferencia que se genera en la información que se posee es trascendental, ya que es una de las principales razones para concentrar la facultad de sancionar y fiscalizar en un mismo órgano, ayudando a la reserva de recursos, esfuerzos y sobre todo a la eficiencia y eficacia del sistema, al ser la misma institución la que maneja sino en su totalidad, la mayor parte de aquella respecto a, en nuestro caso en particular, las reservas y usos de recursos hídricos. De esta forma, la institución cuenta con la base de datos y además las facultades técnicas suficientes para aplicar multas graduales conforme a la gravedad de la conducta a sancionar, antecedentes que serían mucho más difíciles de conseguir y entender por parte de un tribunal, más aun

¹¹⁷ Enfoque tradicional de Friedrich Hayek. Ver: HAYEK, Friedrich (1945) “The use of knowledge in society”. *The American Economic Review*, N° 35 Vol. 4, pp. 519-530.

¹¹⁸ Traducción libre de la original que señala: *“Legal frameworks provide mandates for specific regulatory and supervisory authorities with the powers to conduct financial consumer protection regulation and supervision, to monitor compliance, undertake enforcement on financial consumer protection issues when deemed necessary and to deal with public complaints”*. G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION, Septiembre 2014. Effective Approaches to Support the Implementation of the Remaining G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection. Francia, OCDE. [En línea: <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/G20-OECD-Financial-Consumer-Protection-Principles-Implementation-2014.pdf>] [Consulta: 20 de agosto de 2018], p.7.

por un juez de policía local que podría verse influenciado o sesgado por las materias que suelen someterse a su conocimiento.

Lo mismo ocurre en relación a los privados que quisieran iniciar una denuncia y tuvieran que hacerlo recurriendo a los tribunales de justicia, ya que además de no tener asegurado ningún tipo de éxito por la falta de conocimiento en el tema en cuestión, significa un costo que no vale el riesgo, generando por lo tanto multiplicidad de delitos que se hallan sin castigar, tendiendo a elevarse el número precisamente en razón de que pareciera no haber consecuencias frente a la comisión del ilícito.

Por su parte, tal y como mencionábamos al principio del punto 3.4, la misma CEPAL caracteriza a los servicios de agua potable y alcantarillado como el servicio público más monopólico, por lo que exhibe una excepcional resistencia a las formas de competencia¹¹⁹. Asimismo, el estudio presentado por la institución en cuestión expresa que la propiedad privada no resuelve el problema del monopolio natural, sobre todo en servicios donde vemos involucrada el agua potable y alcantarillado, exponiendo que en *“las ramas de actividad que se caracterizan por ser un monopolio natural, los incentivos a la eficiencia productiva y la eficiencia en las asignaciones dependen, fundamentalmente, del marco regulador elegido”*¹²⁰. ¿Por qué mencionamos esto? Porque en estos casos el libre mercado no es capaz de producir un resultado económicamente eficiente al no existir competencia que regule el actuar del monopolista de modo que se satisfagan los intereses de la sociedad toda, razón por la cual la regulación y la intervención del Estado se hace apremiante.

A fin de cuentas, las asimetrías de información dependen fundamentalmente de dos parámetros: la rapidez de la evolución de las condiciones tecnológicas y de mercados subyacentes; y el acceso a múltiples fuentes de información. Ambos factores pueden ser mejor controlados si es que la Administración es la encargada de conocer en primera instancia los asuntos controversiales entre usuarios o consumidores y el servicio, ya que al ser el órgano que además fiscaliza las actividades

¹¹⁹ JOURAVLEV, A. Op. cit., p. 5.

¹²⁰ Ibid, p. 6.

de los privados cuenta con mayor información para evaluar sus conductas y aplicar sanciones óptimas.

2. Relación con el Tribunal Constitucional

Fundamental, dentro de todo lo ya expuesto, es que el Tribunal Constitucional no se atenga a evaluar cuestiones de mérito respecto de las normas sujetas a su escrutinio, ya que su deber es velar por la constitucionalidad de las mismas. Por ello, es que no se puede inmiscuir en la discusión en torno a si los órganos administrativos deberían o no detentar estas atribuciones, menos si consideramos que esta aún no se encuentra del todo zanjada, en vista que, de lo contrario, no existiría la enorme cantidad de órganos que detentan tanto facultades fiscalizadoras como sancionadoras. En este mismo sentido, falla el Tribunal en cuestión al señalar que: *“La discrecionalidad que se deja a quien está llamado a fijar la sanción puede ser efectivamente calificada de amplia, si se le compara con el rango de discreción que permiten, por regla general las sanciones penales. Con todo lo criticable que pueda ser esta forma de legislar, no corresponde a este Tribunal hacer reproches de mérito, sino de constitucionalidad (...)”*¹²¹.

En el mismo sentido entendió Kelsen¹²² esta institución, es más, asegura que el objetivo que se busca con la creación de este tipo de tribunales es resolver conflictos competenciales, mas no sustantivos, ya que en el caso de hacerlo su poder sería *“simplemente insoportable”*¹²³. ¿Cuál es la razón de esto? Es que la concepción de justicia de los miembros que conforman a esta magistratura puede ser diametralmente opuesta a la que estima el ciudadano común o el Congreso, sobre todo en

¹²¹ T. Constitucional, 27 julio 2006, rol N° 480-2006, c. 36°.

¹²² Hans Kelsen fue un jurista y filósofo austríaco conocido, entre otras cosas por su Teoría pura del Derecho y por ser el creador de los llamados tribunales constitucionales, he ahí la importancia de su alusión.

¹²³ KELSEN, H, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 142-143, en SALAZAR, Pedro, “Notas sobre democracia y constitución en la obra de Kelsen” [en línea] Isonomía, Abril 2008, N° 28, <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000100009#notas> [Consulta: 17 de diciembre de 2018].

consideración a que la validez de las leyes dependería finalmente del capricho de un órgano compuesto de manera en mayor o menor medida arbitraria. Arbitraria por la forma de composición del mismo, siendo una parte importante de sus miembros elegidos por el Presidente (en particular 3/10)¹²⁴, por lo que sus resoluciones se tomarán dependiendo de qué bancada es más grande en el tribunal al momento de dictar sentencia; caprichosa porque la decisión final en relación a la dictación de una ley dependerá de quién es finalmente el presidente de dicho tribunal o qué ministros están presentes o no.

Un ejemplo de lo expuesto lo vemos en la extensión de la objeción de conciencia a personas jurídicas en el caso de la Ley de Aborto¹²⁵, o con la Ley de Inclusión, en cuanto fue declarada constitucional a pesar de un requerimiento en contra presentado por una parte conservadora de nuestros poderes políticos¹²⁶. ¿Por qué este ejemplo? Porque esta ley fue acogida antes del cambio de presidencia del Tribunal Constitucional, habiendo empate en la bancada, siendo responsabilidad del presidente de entonces dirimir, lo que nos hace creer que la decisión en el presente habría sido distinta¹²⁷.

Vemos en todo lo expuesto una paradoja, ya que uno de los principales argumentos para negar facultades sancionatorias a los entes administrativos es la imparcialidad con la que éstos actuarían, siendo este argumento antojadizo en cuanto no es función de la Administración ser parcial en el entendimiento de infracciones al ser su cometido realizar una finalidad, promoviendo alguna dimensión del interés general o bien común, en el fondo, velar por el cumplimiento de deberes jurídicos públicos antes que privados. A fin de cuentas, cuando el Tribunal Constitucional señala que los entes administrativos no pueden detentar estas facultades por no ser independientes e imparciales, lo único que dice es que estos órganos así entendidos

¹²⁴ El artículo 92 de nuestra Carta Fundamental expresa que los diez miembros que conforman el Tribunal Constitucional serán designados de la siguiente forma: tres por el Presidente; cuatro por el Congreso Nacional; y tres por la Corte Suprema.

¹²⁵ T. Constitucional, 28 agosto 2017, rol N° 3729-2017.

¹²⁶ T. Constitucional, 01 abril 2015, rol N° 2787-2015.

¹²⁷ Recordemos que la presidencia en ese entonces estaba en manos del ex ministro señor Carlos Carmona y en la actualidad la detenta el señor Iván Aróstica.

no serían tribunales, lo que no es un argumento que demuestre el por qué sería inconstitucional que la DGA o cualquier otro ente administrativo no detente estas atribuciones.

Y es que estos órganos cumplen funciones distintas, ya que lo que buscan no es reportar utilidades a una parte, sino que controlar que los regulados cumplan la ley, haciéndose necesario esto porque las partes que intervienen en estos casos no se encuentran en igualdad de condiciones como, por ejemplo, en el caso de los consumidores respecto de proveedores, no estando los primeros en la misma posición que dos empresas negociando entre ellas. Aplicar a un contexto asimétrico la lógica de uno simétrico abre las puertas al abuso para quien en este tipo de situaciones se erige como el más fuerte. Es en este mismo sentido que se expresa el profesor Fernando Atria, al señalar que el “*desenfreno*” de este tribunal “*desatado*” ha prohibido cerrar las puertas al abuso, haciendo referencia en particular a las sentencias rol N° 3958, sobre la DGA, y rol N° 4012, sobre el Sernac¹²⁸. Así, el conocido autor señala que ambos fallos retrotraen el derecho chileno un siglo atrás al ser el equivalente chileno de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana “*Lochner vs New York (1905)*”¹²⁹, fallo conocido por ser un ejemplo en que un tribunal, abandonando su deber de fallar conforme a derecho, asumió el rol de constitucionalizar el neoliberalismo, en palabras del mismo académico.

¹²⁸ ATRIA, F. El Tribunal Constitucional desatado (2): La Constitución protege el abuso [en línea] El Mostrador. 25 de Enero, 2018. <<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/25/la-constitucion-protege-el-abuso/>> [consulta: 17 de diciembre de 2018].

¹²⁹ *Lochner v. Nueva York* fue un caso histórico en que la Corte Suprema de EE.UU sostuvo que los límites al tiempo de trabajo infringían la decimocuarta enmienda en cuanto violaba el debido proceso que, a juicio de los magistrados, contenía el derecho de libertad de contrato. Este caso es una de las decisiones más controvertidas en la historia de la Corte Suprema, dando inicio a una época conocida como la “*era de Lochner*”, tiempo durante el cual se emitieron varias decisiones que invalidaban estatutos federales y estatales que buscaban regular las condiciones de trabajo. El caso en particular se trataba de un panadero de la ciudad de Nueva York que demandó la inconstitucionalidad de una ley estatal que fijaba un máximo de horas laborales para los trabajadores. El Tribunal dio la razón al panadero, sosteniendo que aquella ley era una intervención estatal “*arbitraria e innecesaria en la libertad de los ciudadanos*”. Así, esta sentencia es criticada por progresistas por ser un “*obstáculo histórico para la realización de los derechos sociales*”, y por conservadores, al considerar la decisión como “*génesis de un exacerbado activismo judicial*”. En: CAICEDO C, Aparicio. *Trascendencia Histórica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, pp. 95-96. [En línea: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/08/3-trascendencia.pdf>]. [Consulta: 16 de diciembre de 2018].

Por eso, un tribunal tiene el deber de fallar conforme a derecho, pero pareciera ser que lo hecho por el Tribunal Constitucional hoy en día no diferencia entre el juicio técnico que debe hacer y la alineación política de sus miembros. Así, lo que decide hoy el Tribunal Constitucional chileno *“sólo puede ser entendido como la sustitución de la voluntad del pueblo por otra voluntad, una heterónoma. No puede sino ser, como dijo un senador, un ‘poder fáctico’”*¹³⁰.

¹³⁰ ATRIA LEMAITRE, Fernando (2010), “Participación y alienación política: el problema constitucional”, en FUENTES SAAVEDRA, Claudio (editor): En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile (Santiago, Ediciones Boell Cono Sur), p. 178.

CAPÍTULO 4:

FORMAS DE COMPRENDER CORRECTAMENTE EL PROBLEMA: CÓMO EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SE CONTROLA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO

En los capítulos anteriores la discusión ha girado en torno al modo de comprender las sanciones administrativas, tratando de justificar la razón del por qué los órganos administrativos detentan esta potestad sancionatoria y, más allá de eso, haciendo comprender la legitimidad de esta atribución en manos de estas instituciones, razón por la cual es menester ocuparnos ahora del procedimiento, ya que este es el único contratiempo que se opone entre los particulares y el actuar administrativo, al ser el medio de control que se tiene para limitar la discrecionalidad de la Administración. Por ello, creemos que la importancia de estudiar el Derecho Administrativo Sancionador hoy en día no debe tener hincapié en las facultades sancionatorias, latamente discutidas ya con el pasar de los años, sino en el procedimiento, la unificación de un mismo criterio base para llevarlo a cabo y los mínimos con los que debe contar.

A. Sobre los fines de la sanción administrativa en relación al procedimiento

En primer lugar, y resumiendo los argumentos antes expuestos en relación a la necesidad de las potestades sancionatorias de los órganos administrativos, creemos que lo primero que debe hacer la Administración es ser responsiva en su actuar, entendiendo esto como *“la capacidad del regulador para adaptarse selectivamente al entorno y a las características de los actores regulados, siendo necesario al efecto que la Administración disponga de herramientas que la habiliten para actuar y faciliten el cumplimiento de los propósitos públicos fijados por el legislador”*¹³¹, lo que se logrará

¹³¹ SOTO DELGADO, Pablo, *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, 2016, p. 190.

utilizando instrumentos entre los cuales deben estar las sanciones, sobre todo si entendemos que los órganos del Estado tienen que hacer cumplir la regulación, de la manera en que se explica en el siguiente cuadro¹³²:

	Tareas	Descripción
1.	Detectar	La obtención de información acerca de conductas indeseables o incumplidoras.
2.	Responder	El desarrollo de políticas, reglas y herramientas para tratar los problemas detectados.
3.	Hacer cumplir	La aplicación concreta de las políticas, reglas y herramientas.
4.	Evaluar	Medir el éxito o fracaso de las actividades de cumplimiento.
5.	Modificar	Ajustar las herramientas y estrategias con el objeto de mejorar el cumplimiento y enderezar las conductas problemáticas.

Teniendo de ejemplo estas tareas a seguir por los órganos administrativos, podemos evidenciar que las sanciones administrativas logran gran parte de los objetivos a cumplir en estas obligaciones, ya que, una vez detectada la infracción a la norma, la sanción cumple con responder y hacer cumplir el desarrollo de políticas públicas, de manera tal que el resultado de ellas (con base en un procedimiento determinado) adquiere validez. Lo anterior no tiene necesariamente un carácter definitivo, en cuanto siempre estarán ligadas a la posterior revisión por parte de los entes jurisdiccionales, lo que forma parte de la definición misma de sanción como acto administrativo.

¹³² Ibid, p. 195.

En el mismo sentido, el fallo del Sernac destacó, al igual que la sentencia analizada en este trabajo, el hecho de que al otorgar estos poderes solo se estaría generando una alternativa, sin eliminar la de los tribunales, ya que el proyecto contiene mecanismos de impugnación que constituyen contrapesos a las atribuciones sancionatorias, por lo que se generan dos consecuencias:

- a) El acto no sería uno de índole jurisdiccional.
- b) El debido proceso no se ve afectado.

Así, *“no es jurisdiccional porque la Constitución define un modelo de alternatividad, en lo judicial, mediante el artículo 76 otorgándole competencia a los tribunales, y en lo administrativo, mediante el artículo 38, estableciendo competencias contencioso-administrativas específicas al Sernac con reclamación judicial posterior”*¹³³. Es por eso, que no se debe buscar la restitución de potestades “indebidamente” detentadas por la Administración, sino velar por conseguir que los procesos en ella ofrezcan las mismas garantías dadas en asuntos sometidos a los jueces¹³⁴.

A su vez, es importante que se cuente con un abanico amplio de sanciones que permitan jugar con la persuasión, de manera que la amenaza de las que se configuran como las más drásticas pueda disuadir a los sujetos de cometer infracciones a la norma, por ejemplo, mediante técnicas de negociación y actuaciones estratégicas. Es mediante la existencia de este rango que el regulador favorece un ambiente de *“voluntariedad y no litigiosidad, en comparación con el que es posible advertir cuando el Estado actúa punitiva y antagónicamente”*¹³⁵. En este momento se aplica el concepto de bien común no como sumatoria de intereses individuales, sino que como

¹³³ T. Constitucional, 18 enero 2018, rol N° 4012-17-CPR, voto disidente de los Ministros señores Carlos Carmona, Gonzalo García y Nelson Pozo.

¹³⁴ Para ahondar en esta idea ver: Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, cuarta edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2005, p. 89. En el mismo sentido, Segura Soto, Romina Carolina, *Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la Administración del Estado*, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña del Mar, N°11, 2014, p. 185.

¹³⁵ AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John (1992): *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate* (Oxford, Oxford University Press), p. 39, en: SOTO DELGADO, Pablo; 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, 2016, p. 201.

conciliación entre una obligación para con la comunidad entera, pero a su vez salvaguardando los deseos personales de cada uno de los integrantes de nuestra sociedad: *“Así configurado el bien común, para su materialización requiere no sólo de la acción del Estado sino también de sus integrantes generándose la necesidad de una mutua colaboración entre individuos y Estado”*¹³⁶.

Por eso la respuesta a la pregunta de cómo lograr la satisfacción de los principios de eficiencia y eficacia sin inmiscuirnos en el sector pantanoso del actuar de la Administración como “comisión especial” o su intrusión en facultades que no le corresponden, está en la regulación adecuada del procedimiento administrativo, ya que mediante este se logra una dualidad de objetivos: por una parte domesticar el poder discrecional de la Administración y, por otra, mantener su autoridad, al ser abarcado desde una de sus funciones, cual es *“producir actos que tengan garantizado a priori un alto grado de probabilidad de legitimidad y acierto”*¹³⁷, más aun si se piensa en la relación de la Administración con el Derecho como su condición de existencia y obrar¹³⁸, mas no como limitación, relación que se le adjudica a los particulares en cuanto el Derecho actuará como un sistema de resolución de conflictos externo.

De esta manera, el procedimiento *“desempeña la importante función de asegurar la correcta formación de la voluntad administrativa, con el fin de garantizar la validez de su actuación, y el respeto de los derechos de los ciudadanos, para lograr de este modo la satisfacción del interés general, que es en definitiva la función propia de la Administración”*¹³⁹, lo que llevará a constituirse como la forma de la función administrativa, conjugándose entonces con el concepto de buena administración, no existiendo una actividad administrativa pre-beccariana¹⁴⁰ en cuanto se tienen los

¹³⁶ CAMACHO, G., Op. Cit., p. 262.

¹³⁷ MONTT OYARZÚN, *El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso*, 65 Revista de Derecho Público 118, 130 (2003), p. 119.

¹³⁸ Ibid., p. 122.

¹³⁹ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 118, en: MONTT OYARZÚN, *El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso*, 65 Revista de Derecho Público 118, 130 (2003), p. 124.

¹⁴⁰ Se utiliza este concepto para hacer referencia a una actividad sin razón ni justificación, donde la ley no se tiene en consideración para ejercer sanciones, sometiénose a la discrecionalidad de la autoridad o gobierno. El concepto es acuñado en relación a Cesare Beccaria, autor del libro “De los delitos y las penas”, siendo inspirador para el movimiento de reforma del antiguo derecho penal continental, caracterizado por su crueldad, arbitrariedad y falta de racionalidad.

principios del Derecho Administrativo de la luz roja para guiar y hacer que el actuar de ella se ajuste a Derecho.

B. Debido proceso en el actuar de la Administración

El debido proceso tiene su origen en la Constitución Política de la República al consagrarse en el artículo 19 N° 3 como un derecho fundamental. Sin embargo, hay opiniones divididas en razón de si lo que conocemos como debido proceso, debe ser aplicado a los procedimientos administrativos en virtud del artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental o bien, considerando otras reglas. De este modo, el profesor Zúñiga¹⁴¹ adhiere a la última postura, debido a dos argumentos centrales:

1.- Argumento histórico-jurídico: El entendimiento de que el debido proceso debe ser atribuido al procedimiento administrativo se ha debido al traspaso del *due process of law* a nuestro derecho, formulación anglosajona donde el concepto “*no hace distinciones respecto a la naturaleza del proceso al cual resulta aplicable el precepto acotado (...)*”¹⁴², por lo que incluso puede ser aplicado a entidades privadas de naturaleza corporativa, lo que no se condice con nuestra tradición jurídica.

2.- Argumento constitucional: El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República comprende como una de sus garantías la existencia de un órgano imparcial e independiente, cuestión que no concuerda con la naturaleza de los órganos administrativos, menos si tomamos en cuenta que al aplicar sanciones la autoridad administrativa no pretende cumplir una función jurisdiccional, sino la realización de una potestad de ordenación de la sociedad para el cumplimiento del interés público.

¹⁴¹ Ver: ZÚÑIGA URBINA, Francisco; OSORIO VARGAS, Cristóbal. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador, Estudios Constitucionales, Año 14 (2): pp. 461-478.

¹⁴² GUZMÁN NAPURI, Christian. El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?, Ius et veritas, año XI (22), 2001, p. 341.

Por lo que tanto para este autor, como para profesores como Bordalí y Ferrada¹⁴³, la exigencia del debido proceso en este tipo de procedimientos encuentra su fundamento en tres normas básicas constitucionales:

a) El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, de donde se extrae que *“ninguna actuación pública o legal debe afectar los derechos en su esencia”*¹⁴⁴.

b) El artículo 63 N° 18 de la Carta Fundamental, ya que *“aduce que toda potestad pública que se ejerza por la autoridad debe seguir la forma procedimental, general o especial que ha dispuesto el legislador”*¹⁴⁵.

c) Principio de juridicidad, contenido en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, el cual debe guiar en todos sus elementos a los actos administrativos que se dicten en un procedimiento administrativo.

Considerando lo anterior, creemos que, independiente de las normas en las que nos basemos para aplicar las reglas del debido proceso a los procedimientos administrativos, lo importante es que este derecho junto a sus principales elementos se debe emplear a como dé lugar en cuanto los actos administrativos que toman la forma de sanciones deben ser limitados en pos del Derecho Público y Administrativo, siendo estos la base para su regulación, distinguiéndolo del Derecho Penal y sus principios, por las razones que explicábamos en el primer capítulo al tratar de justificar la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador.

De esta suerte, damos cuenta de la importancia de atribuir garantías mínimas que permitan evitar que el actuar de los órganos públicos pasen de ser discrecionales a arbitrarios, a pesar de que el alcance del derecho al debido proceso tenga mayores limitaciones cuando se trata de una autoridad administrativa que cuando se trata de

¹⁴³ BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2008): “El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la administración de Estado” en: *Revista de Derecho Administrativo*, (N° 2, 2008), en: ZÚÑIGA URBINA, Francisco; OSORIO VARGAS, Cristóbal. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador, Estudios Constitucionales, Año 14 (2) 2016, p. 476.

¹⁴⁴ ZÚÑIGA, F y OSORIO, C. Op. cit., p. 477.

¹⁴⁵ Ibid.

los tribunales de justicia, ya que estos serán por definición, independientes y neutros. En el mismo sentido se expresa el artículo 7 de nuestra Carta Fundamental al señalar que los órganos del Estado deben ajustarse a las formas que prescriba la ley para que sus actuaciones sean jurídicamente válidas, teniendo como consecuencia entonces que la autoridad administrativa debe atenerse al procedimiento y solemnidades previstas en la Constitución o la ley, precaviendo decisiones antojadizas.

Habiendo entendido lo expresado, creemos que corresponde velar por el debido proceso en el ámbito administrativo en cuanto otorga garantías y seguridad al particular respecto de los derechos que podrá hacer valer frente a la Administración. Las formas así entendidas tienen por objeto *“amparar a las personas frente a la actividad de la Administración y con el indiscutible propósito de evitar que esa actividad se torne arbitraria y se cause un daño ilegítimo, de modo que constituyen un importante medio de seguridad jurídica (...)”*¹⁴⁶. Esto devela una función del procedimiento distinta de la meramente formal, hallando en este objeto un fin sustantivo cual es proteger a los ciudadanos para el cumplimiento de sus derechos y garantías frente a la actividad estatal.

Esta visión dual del procedimiento¹⁴⁷ como forma y sustancia es fundamental ya que nos permite entenderlo como un medio de revelación y encuentro de

¹⁴⁶ CORDERO VEGA, Luis. *El procedimiento administrativo: desarrollo y perspectivas*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 335.

¹⁴⁷ Por lo demás, damos cuenta que nuestro país no es el único que ve el procedimiento de esta manera, ya que tenemos otras naciones vecinas como Perú que entiende el debido proceso desde dos aristas, una formal y otra material o sustantiva, en cuanto es necesario que se emita una resolución justa, es decir, sin arbitrariedades, debiendo por ello sustentarse la aplicación de una norma jurídica en hechos de un caso concreto, lo que permite identificar un comportamiento de la Administración que podría estar formalmente ajustado a derecho, pero que evaluado desde el punto de vista sustantivo vulnera derechos fundamentales. Además, al controlar el acto discrecional mediante el debido proceso sustantivo, la judicatura tiene parámetros más o menos objetivos para evaluar el comportamiento de la Administración. GUZMÁN, C. Op. cit., pp. 342.

Lo mismo sucede con Colombia, agregando incluso una tercera arista, cual es su visión como principio, relacionando la norma constitucional con otras similares que *“orientan igualmente la actividad de la administración pública y de las cuales se desprenden, a su vez, otros subprincipios y reglas”*. CARVAJAL, Bernardo. 2010. Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo, *Revista de Derecho Administrativo* (4), Colombia, p. 9.

Asimismo, la jurisprudencia de Costa Rica entiende al debido proceso desde la vereda dual de la formalidad y sustancia, en cuanto es considerada como una garantía a través de la cual el administrado podrá hacer valer sus derechos y, a su vez, como una garantía que asegura el cumplimiento de todas las fases y actos procedimentales que exige la ley para que el acto terminal sea válido, lo que se

información que condiciona en su contenido y efectos el acto administrativo terminal¹⁴⁸ sin poder comprenderlo de manera meramente formal, ya que, al fin y al cabo, está conectado con el contenido de la decisión final adoptada. Desde esta perspectiva, la importancia del procedimiento es que *“condiciona la aplicación del derecho material, en la medida que puede llevar a una mayor protección de derechos e intereses particulares, o bien afectar su esfera protectiva y, por lo tanto, tiene un significado propio”*¹⁴⁹.

La función del procedimiento entonces implica no solo la consideración de los intereses del Estado, sino que también los de los particulares, lo que comprendido a cabalidad configura el denominado “interés público”, siendo el procedimiento administrativo el que permite ponderar ambos intereses antes de tomar las decisiones administrativas, de manera tal que estas se convierten *“no sólo en decisiones de expertos, sino en una decisión de política pública de relevancia para la comunidad, con legitimidad social”*¹⁵⁰, ¿por qué legitimidad social? Porque los ciudadanos al ser considerados dentro del desarrollo de la actividad administrativa, gracias a la ponderación de sus intereses dentro de las decisiones de los órganos públicos, justifican su actuar dándole una legitimidad democrática a los actos administrativos, por lo mismo el profesor Cordero afirma que el procedimiento administrativo fomenta la existencia de una democracia deliberativa¹⁵¹.

Por consiguiente, esta misma función en pos del interés público consolida al procedimiento administrativo como el modo más idóneo de actuación en comparación a los procesos judiciales, ya que el primero toma en consideración los datos e intereses

entiende de sus sentencias cuando señalan que los procedimientos no sólo requieren para ser válidos su promulgación *“por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material) [...]”*. ROJAS FRANCO, Enrique. 2001. El debido procedimiento administrativo, *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP (67), Costa Rica, p. 183.

¹⁴⁸ SCHMIDT-ASSMANN, *Tratado...*, p. 288 en CORDERO VEGA, Luis. *El procedimiento administrativo: desarrollo y perspectivas*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 343.

¹⁴⁹ Ibid, p. 343-344.

¹⁵⁰ Ibid, p. 346.

¹⁵¹ El profesor Cordero expresa entonces que “El procedimiento permite así la discusión pública, mediante la cual se pueden evitar errores al decidir, al suponer una fuente de información que permite conocer otras alternativas y otros intereses, ayudando a la reflexión de quien decide. El procedimiento administrativo, en definitiva, fomenta la existencia de una democracia deliberativa (...)”. Ibid, p. 349.

relativos a un caso concreto, lo que no pasa con el segundo en cuanto está diseñado para ejercer una función de control que no pondera en virtud del llamado interés público, sino siguiendo los derechos individuales de cada persona que acude al proceso. El procedimiento de esta manera potencia la transparencia y participación ciudadana, valores que orientan el actuar administrativo hacia la buena administración y juegan con la discrecionalidad de la cual están dotados los órganos administrativos para darle un alcance positivo al momento de implementar políticas públicas.

En momentos de incerteza jurídica, se le debe dar a la Administración herramientas para ejercer sus potestades y actuar en el momento justo para evitar mayores males, pero para poder tomar la mejor decisión posible debe limitarse a través de diferentes medios su actuar, siendo uno de ellos el procedimiento. La incertidumbre es una oportunidad para la buena administración *“el ‘observador’ de la conducta administrativa (esto es el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo normas y principios generales) puede y debe influir en lo ‘observado’, esto es, la futura decisión administrativa que pueda producirse, no sólo limitándola mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho sino influyendo también sobre el núcleo discrecional para orientar el output”*¹⁵².

C. Debido proceso administrativo en la perspectiva internacional

A modo de comprender de mejor manera el debido proceso administrativo, creemos que sería útil hacer una breve evaluación de lo que sobre el tema han dicho los tribunales internacionales, de manera que mediante este ejercicio podamos mirar con cierta perspectiva el asunto en cuestión.

En primer lugar, es menester aclarar que los variados tribunales internacionales han tenido diferentes maneras de interpretar el debido proceso en el ámbito

¹⁵² PONCE SOLÉ, Juli. 2016. El derecho a una buena administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción (pp. 219-247), en: ALONSO REGUEIRA, Enrique. El Control de la Actividad Estatal. I Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial, 1° Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 228.

administrativo. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido cauto en establecer la atribución de garantías del debido proceso penal al orden administrativo, estableciendo que se deben aplicar *mutatis mutandi*¹⁵³ al procedimiento administrativo, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido más explícita en el sentido de ejercer los estándares del debido proceso al ámbito administrativo, siendo un ejemplo de ello los múltiples casos que se dan en materia migratoria¹⁵⁴. Esta visión del debido proceso la vemos en consideración a una interpretación extensiva que la Corte hace hacia otras materias conforme el principio *pro homine*, de manera que *“las reglas contenidas en el art. 8 de la CADH, tanto en su inciso 1 como el 2, han de ser observadas en todo proceso tendiente a la determinación de derechos de una persona”*¹⁵⁵.

En Chile la jurisprudencia ha tendido a seguir los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se entiende del caso “Colusión de Farmacias” donde la Corte Suprema señaló que *“En efecto, existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador (...). El concepto ‘due process of law’, que importa que nadie puede ser condenado a satisfacer una pretensión o sanción, ya sea en materia penal, civil, contravencional, administrativa, disciplinaria o de cualquier naturaleza, si no en virtud de un proceso*

¹⁵³ Mutatis mutandi es una frase cuyo significado quiere decir “cambiando lo que debe ser cambiado”.

¹⁵⁴ Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, ha señalado que: *“101. Como se ha demostrado, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, fue la autoridad que dictó la ‘resolución directoral’ que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estima pertinente considerar la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los hechos del presente caso en el contexto del proceso administrativo.*

102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. CORTE IDH (2001). Serie C N° 74. *Ivcher Bronstein c. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. párrs. 101-102, en: CORTÉS CABRERA, Bárbara; JARA VILLALOBOS, Camilo. 2015. *Affaire Khlaifia et autres v. Italie: Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión. Revista Tribunal Internacional*, 4 (8), p. 243.

¹⁵⁵ García Ramírez, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, n° 117, septiembre-diciembre 2006, p. 659, 660 y 668. En sentido similar falló la Cf. Corte IDH en *Caso Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú*, del 6 de febrero de 2001, párr. 103, en: FERRER ARROYO, Francisco. 2015. *El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14 (1), p. 162.

*previo legalmente tramitado*¹⁵⁶. Es por ello que, poniendo de parámetro lo dispuesto por esta Corte, se ha entendido a raíz del caso “*Baena y otros vs. Panamá*” múltiples reglas mínimas destinadas a respetar la consecución del debido procedimiento administrativo en virtud de la aplicación del artículo 8 del Pacto de San José, pacto al que nuestro país adhiere, siendo algunos los expuestos a continuación:

a) Derecho a una audiencia para la determinación de los hechos y derechos, realizada previamente al comienzo de las actuaciones administrativas.

b) Notificación previa sobre la existencia del procedimiento, comprendiendo la información sobre los cargos, derecho a comparecer, derecho a presentar pruebas y derecho de acceder al expediente.

c) Derecho a una decisión fundada, la que deberá contar con los planteamientos del administrado, exponiendo a su vez los argumentos esgrimidos por la Administración. Esto se condice a su vez con el principio de razonabilidad, el cual responde a la “*verificación de los hechos que lo justifiquen y a la apreciación objetiva al valorarlos*”¹⁵⁷ de manera tal que se puede verificar de esta forma un actuar proporcionado y acorde a los preceptos constitucionales.

d) Publicidad de las actuaciones administrativas, en virtud del derecho al acceso de información y la transparencia.

e) Cumplimiento de plazos razonables para tramitar y resolver en función de tres parámetros de valoración: comportamiento del administrado, complejidad del caso y diligencia de la conducta de la Administración.

f) Revisión judicial de las actuaciones administrativas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ C. Suprema (2012), Rol N° 2578-2012. Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada-Farmacias Cruz Verde-Farmacias Salco Brand, en: CORTÉS CABRERA, Bárbara; JARA VILLALOBOS, Camilo. 2015. *Affaire Khlaifia et autres v. Italie: Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión. Revista Tribunal Internacional, 4 (8), p. 244 (el énfasis es nuestro).*

¹⁵⁷ ROJAS, E. Op. cit., p. 186.

¹⁵⁸ Ibid, p. 185.

Por su parte, la doctrina ha entendido que las principales garantías del debido proceso administrativo son:

1. El oportuno conocimiento de la acción.
2. La existencia de un debido emplazamiento.
3. El establecimiento de un plazo de investigación.
4. La determinación de la oportunidad y número de veces que determinadas medidas pueden decretarse y realizarse.
5. La asistencia del abogado defensor.
6. La bilateralidad de la audiencia.
7. La posibilidad de aportación de pruebas pertinentes.
8. El derecho a impugnar lo resuelto mediante recursos ordinarios o especiales¹⁵⁹.

Podemos ver entonces que hay garantías o reglas que confluyen tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, dentro de las cuales destacan la existencia de un debido emplazamiento a través de la correspondiente notificación, el establecimiento de plazos para la investigación y desarrollo del procedimiento por parte de la Administración, la necesidad de aportación de pruebas, y la apremiante revisión judicial a través de la impugnación de lo resuelto, sobre todo en cuanto el derecho a un recurso efectivo, derecho que encontramos en distintas Convenciones, como sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25¹⁶⁰ o el

¹⁵⁹ Garantías extraídas de: ARANCIBIA, Tamara, “Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Materia de Sanciones Administrativas”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 58, 2014, p. 57, en: CORTÉS CABRERA, Bárbara; JARA VILLALOBOS, Camilo. 2015. *Affaire Khlaifia et autres v. Italie: Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión. Revista Tribunal Internacional, 4 (8), p. 244.*

¹⁶⁰ Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)”.

artículo 13¹⁶¹ del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido este derecho al recurso como *“uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*¹⁶², debiendo ser estos recursos efectivos, no bastando por ello su mera existencia, lo que vincula este derecho con los otros mencionados en razón de la notificación, rapidez en los plazos y opción para aportar prueba, por ello *“cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia (...)”*¹⁶³.

En conclusión, creemos que estos parámetros son las directrices básicas que nuestro país tiene que tener en mente para la regulación del debido proceso sancionatorio, sobre todo en consideración a la trascendencia que poco a poco ha adquirido y seguirá adquiriendo el procedimiento en el ámbito administrativo, siendo un desafío el unificar estándares y criterios que permitan armonizar las distintas regulaciones que hoy en día tenemos en los distintos servicios públicos.

¹⁶¹ Artículo 13: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁶² MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. El Debido Proceso Legal. Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos. Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2013, tomo I, p. 189, en: CORTÉS CABRERA, Bárbara; JARA VILLALOBOS, Camilo. 2015. Affaire Khlaifia et autres v. Italie: Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión. *Revista Tribunal Internacional*, 4 (8), p. 250.

¹⁶³ CORTE IDH (2002). Serie C N° 97. Cantos c. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. párr. 52.

CONCLUSIONES

En primer lugar, del estudio de los orígenes, limitaciones y funciones de la potestad administrativa sancionatoria, podemos concluir que esta atribución se enmarca dentro de un ejercicio que, por larga data, ha sido considerado constitucional y legítimo, tanto por parte de nuestros tribunales como por parte de la doctrina. Aunque en un principio se entendía a la potestad sancionatoria de la Administración como una parte del Derecho Penal (he ahí el nombre Derecho Penal Administrativo), esta tesis se fue desechando, dando paso a la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, su exiguo desarrollo dogmático ha hecho que a la fecha aún se ejercite la transferencia de principios y garantías del Derecho Penal a partir de la idea de su vinculación como parte de un mismo *ius puniendi*. Dada la desnaturalización que se genera en el Derecho Administrativo Sancionador, creemos que en virtud de los fines que tienen las sanciones que ejercen los órganos del Estado, se debe ir encaminando esta rama del derecho a una separación dogmática que la haga ser independiente, ejercitando sus actuaciones en base a los principios que le corresponden funcionalmente, destacando en ello el debido proceso, la eficiencia y eficacia.

Los órganos administrativos no se configuran como comisiones especiales ni ejercen actividades jurisdiccionales, en cuanto dictan actos administrativos, los que por sus características no se constituyen como sentencias ni fallos que tengan carácter de cosa juzgada, menos aún si se cuenta con la posibilidad de reclamar de ellos ante instancias jurisdiccionales, como suele suceder en el caso de las potestades sancionadoras en comento. Es importante por ello que se resguarden los elementos del debido proceso, ya que, existiendo esta potestad de manera legítima, falta que ella se ejercite de modo que garantice que su actuar no es arbitrario y, en el caso de que lo sea, pueda ser remediable mediante la revisión posterior de sus actos. Así, lo que se debe discutir no es la legitimidad de estas potestades, sino el procedimiento administrativo dispuesto para el ejercicio de ellas y los resguardos con los que debe contar para proteger el bien común.

Por lo mismo, es necesario que los entes administrativos cuenten con herramientas para velar por el interés general, no siendo argumento suficiente la “parcialidad” en su actuar, en cuanto estos órganos por su misma definición no pueden ser neutrales, ya que deben perseguir el interés público, cuidando que se cumpla con la normativa que protegen. Reprochar su actuar sería contravenir su propia función, siendo un equivalente el acusar a los tribunales de resolver controversias o al Ministerio Público de no ser objetivo en la investigación y persecución de delitos.

De esta manera el vuelco dado por nuestro Tribunal Constitucional en el último tiempo, solo abre una discusión que se entendía zanjada, cuestionando facultades que son necesarias en los órganos administrativos, ya que poseen herramientas que hacen más eficiente la persecución de ilícitos cometidos en las normas administrativas, ya sea porque cuentan con la información necesaria para hacer las correspondientes denuncias a tiempo, ya sea porque pueden justificar de mejor manera la imposición de X o Y sanciones, haciéndolas proporcionales conforme a la contravención específica cometida.

Es en virtud de todo lo expuesto que, más que objetar la legitimidad de esta potestad, se debe trabajar en los procedimientos administrativos que se encuentran hasta el día de hoy endebles, además de controvertir el actuar del Tribunal Constitucional que, sin suficientes argumentos de peso, modifica su jurisprudencia anterior.

El que nuestros órganos administrativos cuenten con potestades sancionatorias les permite no solo cumplir de mejor manera sus funciones, sino que además sirve como un elemento disuasivo, ya que, tal y como lo exponemos al principio de nuestro trabajo, cuando se cuenta con una buena política represiva no se hace necesario sancionar. Así entendida esta potestad, bastaría la sola amenaza para lograr el cumplimiento del objetivo del aparato represivo en general, no siendo por ello menos importante el modo en que decidimos limitar las potestades otorgadas a los órganos administrativos, siendo en este ámbito fundamental el incorporar un entendimiento a cabalidad de lo que es un debido procedimiento administrativo.

BIBLOGRAFÍA

ARIÑO, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 589, en: CORDERO, Eduardo, “Sanciones administrativas y mercados regulados”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N° 1 (2013).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1988): “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo 85 N° 1: pp. 41-51.

ATRIA LEMAITRE, Fernando (2010), “Participación y alienación política: el problema constitucional”, en FUENTES SAAVEDRA, Claudio (editor): *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Santiago, Ediciones Boell Cono Sur).

ATRIA, F. El Tribunal Constitucional desatado (2): La Constitución protege el abuso [en línea] El Mostrador. 25 de Enero, 2018. <<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/25/la-constitucion-protege-el-abuso/>> [consulta: 17 de diciembre de 2018].

AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John (1992): *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate* (Oxford, Oxford University Press).

BARNÉS, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Global e Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

BECERRA POBLETE, Pablo. *Potestades Sancionatorias en el Proyecto de Reforma a la Ley N° 19.628 de Protección de Datos Personales. Una Crítica*. *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013, pp. 163-191.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2° Edición actualizada. Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters.

BOETTIGER, Camila, “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 20 (2009), pp. 577 – 596.

BRAVO VEGA, Pedro y MORALES PALMA, Néstor. 2016. El concepto de sanción administrativa como límite a la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 325.

CAMACHO CEPEDA, Gladys. *La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora*, Revista de Derecho Público N° 69, 2004.

CAMACHO, Gladys, *Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado*, en *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 241-276.

Cámara de Diputados, Legislatura 360°, Sesión 36°, martes 5 de junio de 2012. Discusión general en torno a la Modificación de normas sobre aguas en materia de fiscalización y sanciones. Primer Trámite Constitucional, pp. 56 – 80.

CARVAJAL, Bernardo. 2010. Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo, *Revista de Derecho Administrativo* (4), Colombia, pp. 7-21.

CORDERO QUINZACARA, E. y ALDUNATE LIZANA, E., *Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX* (Valparaíso, Chile, 2012), pp. 337-361.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador*, Santiago: LegalPublishing, 2014.

CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2° Edición corregida, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 821.

CORDERO VEGA, Luis. *El procedimiento administrativo: desarrollo y perspectivas*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 325-355.

CORTÉS CABRERA, Bárbara; JARA VILLALOBOS, Camilo. 2015. Affaire Khlaifia et autres v. Italie: Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión. *Revista Tribunal Internacional*, 4 (8), pp. 239-253.

CURY URZÚA, Enrique (1996): *Derecho Penal. Parte General*, (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

ESTEVE PARDO, José (2009); *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*; Edit. Marcial Pons; Madrid, 2009, pp 1 - 211.

ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

ESTEVE PARDO, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Revista Española de Derecho Administrativo (2003), pp. 323 - 346.

FERMANDOIS, Arturo (2006) *Derecho Constitucional Económico*, T.I, Ediciones Universidad Católica de Chile.

FERRER ARROYO, Francisco. 2015. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14 (1), pp. 155-184.

FNE. Cuenta Pública 2012, Santiago: Inédito, p. 10. [En línea: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Texto-Cuenta-Publica-2012.pdf>] [Consulta: 20 de agosto de 2018].

G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION, Septiembre 2014. Effective Approaches to Support the Implementation of the Remaining G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection. Francia, OCDE. [En línea: <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/G20-OECD-Financial-Consumer-Protection-Principles-Implementation-2014.pdf>] [Consulta: 20 de agosto de 2018].

GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, RAP, núm. 11, 1953, pp. 11 - 31.

GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, 2° edición, Madrid, 1985.

GUZMÁN NAPURI, Christian. El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?, *Ius et veritas*, año XI (22), 2001, pp. 339-347.

HAURIOU, Maurice., *Pécis de Droit Administratif*, II édition, Paris, Librairie du Recueil Général des Lois et Arrêts et du Journal du Palais, 1893, núm. 83.

HAYEK, Friedrich (1945) "The use of knowledge in society". *The American Economic Review*, N° 35 Vol. 4, pp. 519-530.

HERNÁNDEZ, J.I., *El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 16, 2012, pp. 197 – 224.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. 1ª ed. Madrid, Editorial Iustel, 2007.

HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 1era edición, Santiago, Imprenta de "Los Tiempos", 1880, Tomo II.

JOURAVLEV, Andrei, *Regulación de la industria de agua potable. Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural*, Santiago de Chile, CEPAL ECLAC, 2001.

KELSEN, H, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 142-143, en SALAZAR, Pedro, "Notas sobre democracia y constitución en la obra de Kelsen" [en línea] *Isonomía*, Abril 2008, N° 28, <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000100009#notas> [Consulta: 17 de diciembre de 2018].

LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas*. Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), pp. 622 – 689.

LINAZASORO ESPINOZA, Izaskun, *El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigma en el Derecho Administrativo chileno: De las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos*, TransJus Working Papers Publications, ISSN 2462-263X, Working Paper Nº 5/2018, Universitat de Barcelona, pp. 1 – 54.

MACRORY, Richard, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, Final report. London: Macrory Review, 2006.
<http://www.webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://bis.gov.uk/files/file44593.pdf> [Consulta: 20 de agosto de 2018].

MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política Criminal*, Vol. 9, Nº 18 (2014), pp. 543-563.

McAfee, Preston, Mialon, Hugo, y Mialon, Sue (2008) “Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis”. *Journal of Public Economics*, Nº 92 Vol. 10, pp. 1863-1875.

MONSTESQUIEU, Charles, *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995.

MONTT OYARZÚN, Santiago, *El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso*, 65 *Revista de Derecho Público* 118, 130 (2003), p. 118-133.

MONTT OYARZÚN, Santiago: *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

MOYA MARCHI, Francisca (2013), *El Principio de Precaución*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, pp. 11 – 300.

NIETO GARCÍA, Alejandro, "Recesión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos", en *Revista de Administración Pública* 160 (2003).

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

OKSENBERG GÓNZALEZ, Daniel y FLORES FERNÁNDEZ, Cristián. 2009. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el Derecho Administrativo Sancionador: Revisión Crítica, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 192.

PARDOW G, Diego. *El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 22 – N° 2 (2015), pp. 419 – 451.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Madrid, Editorial Lex Nova S.A., 2001.

PONCE SOLÉ, Juli. 2016. El derecho a una buena administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción (pp. 219-247), en: ALONSO REGUEIRA, Enrique. *El Control de la Actividad Estatal. I Discrecionalidad*, División de Poderes y Control Extrajudicial, 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

PRADO, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, 1º edición, Santiago, Imprenta Nacional, 1859.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

RODRIGUEZ ARANA, J., *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Colombia, núm. 6, 2014, pp. 23-56.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987): “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 11: pp. 117 – 163.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2007), *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria*, Madrid: Marcial Pons.

ROJAS FRANCO, Enrique. 2001. El debido procedimiento administrativo, *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP (67), Costa Rica, pp. 177-188.

ROMÁN CORDERO, Cristián, *Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*, en Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 107 – 141.

ROMÁN CORDERO, Cristián. *El Derecho Administrativo Sancionador en Chile*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo [en línea: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>] [Consulta: 08 de noviembre de 2018], pp. 89 – 101.

ROMÁN, Cristian, *El Castigo en el Derecho Administrativo*, Derecho y Humanidades, Vol 1, N° 16 (2010), pp. 155-171.

SANTAMARIA PASTOR, J.A, *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

SCHMIDT-ASSMAN, E., *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, pp. 22-140.

Schwartz, Warren, y Wickelgren, Abraham (2011). “Optimal Antitrust Enforcement: Competitor Suits, Entry, and Post-entry Competition”. *Journal of Public Economics*, N°95 Vol. 7, pp. 967-972.

SEGURA SOTO, Romina, *Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la Administración del Estado*, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña del Mar, N°11 (2014), pp. 163-194.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2° edición, Madrid: Civitas, 2001.

SOTO DELGADO, Pablo, *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, 2016, pp. 189 - 226.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración", en Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44/45, 1979/1980, pp. 95 y ss.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (Santiago, Legalpublishing, 2009), pp. 966.

STIGLITZ, Joseph E. (2003). "La economía del sector público" 3ra edición, Antoni Bosch Editor, Barcelona, España.

VAN WEEZEL, Alex, "Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo", *Política Criminal*, Vol. 12, N° 24 (2017), pp. 997-1043.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) Año 11 N° 2: pp. 137-147.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco; OSORIO VARGAS, Cristóbal. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador, Estudios Constitucionales, Año 14 (2): pp. 461-478.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

- T. Constitucional, 26 agosto 1996, rol N° 244-1996.
- T. Constitucional, 27 julio 2006, rol N° 480-2006.
- T. Constitucional, 8 agosto 2006, rol N° 479-2006.
- T. Constitucional, 21 octubre 2010, rol N° 1518-09-INA.
- T. Constitucional, 16 noviembre 2010, rol N° 1413-2010.
- T. Constitucional, 10 octubre 2013, rol N° 2264-12-INA.
- T. Constitucional, 13 octubre 2015, rol N° 2693-2014.
- T. Constitucional, 26 diciembre 2017, rol N° 3958-17.
- T. Constitucional, 18 enero 2018, rol N° 4012-17.

Corte de Apelaciones

- C. Santiago, 13 marzo 2008, rol N° 8698-2001.

Corte Suprema

- C. Suprema, 30 octubre 2014, rol N° 1079-2014.