



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

RECONFIGURACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS  
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA “CASO CASCADAS” ROL N° 2922 DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

TOMÁS RODRIGO MUÑOZ ELICER

PROFESORA GUÍA: GLADYS CAMACHO CEPEDA

Santiago de Chile

2020

*A mis padres, que esperaron con infinita  
paciencia el fin de este proceso.*

*Con especial cariño y dedicación a la Yaya.*

## Tabla de Contenido

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>5</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>Plan de Trabajo .....</b>	<b>9</b>
<b>I. PRIMER CAPÍTULO: Aspectos Generales del Derecho Administrativo Sancionador .....</b>	<b>10</b>
A. El Derecho Administrativo Sancionador y la Sanción Administrativa .....	10
1. Definición de Derecho Administrativo Sancionador .....	10
2. Definición de Sanción Administrativa .....	10
3. La Sanción Administrativa. Naturaleza y Fuentes .....	12
4. Elementos Característicos de la Sanción Administrativa .....	15
B. Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador.....	18
1. Introducción .....	18
2. Justo y Racional Procedimiento .....	21
3. Derecho de Defensa .....	23
4. Presunción de Inocencia .....	24
C. Principios de la Potestad Sancionadora .....	27
1. Introducción .....	27
2. Principio de Legalidad .....	27
3. Principio de Tipicidad .....	30
4. Principio de <i>Ne bis in ídem</i> .....	33
5. Principio de Culpabilidad o Responsabilidad .....	35
6. Principio de Proporcionalidad .....	37
7. Principio de Irretroactividad .....	38
8. Principio de Prescripción.....	38
<b>II. SEGUNDO CAPÍTULO: Sentencia y Comentario Crítico .....</b>	<b>40</b>
A. Principios del Ordenamiento Constitucional .....	40
B. Principio de Proporcionalidad y el Modelo de Ponderación de Derechos Fundamentales..	46
1. Test de Proporcionalidad .....	48
2. Principio de Proporcionalidad bajo Consideraciones de Derecho Penal .....	49
3. Principio de Proporcionalidad desde consideraciones del Derecho Administrativo .....	51

C. Resumen de la Sentencia. ....	54
D. Análisis Crítico. ....	60
1. Interpretación Constitucional .....	61
2. Discrecionalidad .....	64
3. Proporcionalidad y Argumentación .....	67
E. Jurisprudencia Posterior del Tribunal Constitucional en Materia de Sanciones Administrativas .....	72
1. Sentencias Caso Cascadas .....	73
2. Sentencia PwC (STC 3116).....	75
3. Sentencia Nicolás Ramírez Cardoen (STC 3054).....	77
<b>III. CONCLUSIONES .....</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>80</b>

## **ÍNDICE DE ABREVIATURAS**

- AFP** : Administradores de Fondo de Pensiones.
- CA** : Corte de Apelaciones
- CPR** : Constitución Política de la República.
- CS** : Corte Suprema
- DAS** : Derecho Administrativo Sancionador
- LBPA** : Ley de Bases de Procedimiento Administrativo
- SBIF** : Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
- STC** : Sentencia del Tribunal Constitucional.
- SVS** : Superintendencia de Valores y Seguros.
- TC** : Tribunal Constitucional.
- TJUE** : Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- UF** : Unidad de Fomento.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como intención el análisis en profundidad de una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 2922), elegida por su importancia jurídica y las consecuencias que tienen las decisiones de este Tribunal en las futuras concepciones relativas al Derecho Administrativo Sancionador y las sanciones administrativas. En el primer capítulo, se analizarán los aspectos generales de las sanciones administrativas y de los principios que inspiran y guían su aplicación en el ordenamiento nacional, desde una perspectiva procedimental como sustancial. Luego, se presentará la sentencia STC 2922 y los conceptos bajo los cuales se analizará ésta, tales como proporcionalidad, discrecionalidad y argumentación. En este capítulo se hará un análisis en mayor profundidad de ciertos conceptos que sirven para una comprensión crítica de la STC 2922. Al mismo tiempo, ya al final de este capítulo, se presentarán otras sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas, con el fin de poder comparar los diversos criterios que se han postulado en esta área del Derecho. Finalmente, ello deviene en la conclusión presentada en el último capítulo de este trabajo, la que tiene por objeto presentar una visión que englobe la totalidad de este trabajo, sobre todo respecto al segundo capítulo. En su totalidad, el trabajo tiene por objetivo presentar una visión de las sanciones administrativas que proviene de construcciones mayoritariamente jurisprudenciales, y a la vez, debido a la injerencia de los tribunales en la construcción del sistema de sanciones administrativas, presentar elementos críticos que surgen de falencias argumentativas en la que los tribunales incurren, en este caso, en la que el Tribunal Constitucional incurre.

## **Introducción**

El Caso Cascadas es quizá uno de los casos más complejos que se hayan dado en los últimos años dentro del ámbito nacional; bullado a nivel público y complejísimo a nivel jurídico. El caso consistió en la venta y compra de acciones, en cortos períodos de tiempo, manipulando el valor por el cual eran vendidas éstas con el objetivo de aumentarlo, para luego volver a vender al mismo participante del mercado dicha acción. Esta manipulación era sustentada en un esquema que da su nombre al caso, en una serie de sociedades que eran controladas, directa o indirectamente, por Julio Ponce Lerou, el mayor beneficiado por esta operación. En términos muy básicos, Ponce Lerou controlaba una sociedad que, a su vez, controlaba más sociedades, las que también controlaban otras sociedades, todas las cuales tenían participación directa o indirecta en Soquimich (SQM). Las acciones de SQM eran el valor manipulado por las sociedades parte de la cascada societaria. Los detalles del caso es algo que analizaremos con más detalle posteriormente, siendo lo importante entender en este momento que se dio en una magnitud nunca antes vista en el mercado de valores chileno. Los principales integrantes de este complejo entrelazado de compra y venta de acciones obtuvieron beneficios que sobrepasan los millones de dólares con holgura, mientras que los perjuicios a quienes no eran parte fueron de igual o mayor connotación.

Una situación como la descrita es algo que debía y fue sancionado. La Superintendencia de Valores y Seguros comenzó una investigación contra los responsables de la farsa financiera y estableció las responsabilidades que a cada uno de ellos correspondía, según Resolución Exenta N° 223 del 2 de septiembre de 2014. La mayor, de 1.700.000 UF al señor Julio Ponce Lerou, con sanciones a Aldo Motta Camp, Roberto Guzmán Lyon y Leonidas Vial por 600.000, 550.000 y 500.000 respectivamente, y otras 4 multas a personas naturales por un rango entre 60.000 y 200.000 UF. Lo anterior es una muestra de lo cuantioso de los daños causados y de la enorme cantidad de dinero que generaron los involucrados para su beneficio personas, a costas de diversos participantes del mercado de valores.

De todos los involucrados, el Señor Roberto Guzmán Lyon decidió reclamar a la multa impuesta y, adicionalmente, presentar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por considerar que la SVS no había respetado ciertos principios constitucionales en la aplicación de la multa reclamada. El TC conoció el mentado recurso y por medio de la STC rol N° 2922 (en adelante, la “Sentencia”) declaró que la multa cursada por la SVS era inconstitucional, debido a que no habían sido respetados una serie de principios constitucionales, ya que el diseño normativo de la disposición que fundaba la cuantía de la multa era defectuoso. En ese sentido, el TC declaró que La SVS

no había respetado los márgenes constitucionales que debían regir su actuar, que aplicó una norma que no debía aplicar y que lo realizó por medio de un proceso defectuoso, lo que llevó a un cálculo desmedido de la sanción que correspondía imponer al sancionado.

El presente trabajo contiene un análisis jurídico de los principios constitucionales considerados en la Sentencia, como el de proporcionalidad, legalidad y tipicidad, a la luz del caso en comento. El caso fue elegido por su trascendencia política, económica y jurídica. Su relevancia surge de que el mercado de capitales es un espacio donde debería primar un ambiente de sana competencia y correcto actuar, evitando situaciones indeseables como la descrita. Pues bien, esto es importante porque este mercado es esencial para la política económica de cualquier país por permitir la distribución de la inversión en los sectores productivos del país; en él se transan las más importantes empresas del país, de las que depende la salud de la economía en general y los empleos de miles de personas. Constituye una forma de valorar riqueza, al generar información que permite determinar el valor financiero de las empresas que participan en él, así como una fuente de financiamiento para las mismas<sup>1</sup>, y; no siendo suficiente, es uno de las fuentes que permiten la valorización de los ahorros de todos los chilenos, pues son las acciones abiertas a bolsa una de las opciones de inversión que tienen las Administradores de Fondos de Pensiones. Si un mercado de capitales falla en entregar confianza en quienes participan en su funcionamiento se debilita, pues aleja tanto a quienes participan en él como a los eventuales interesados en invertir en sociedades. Al debilitar el ingreso de dinero y propender al retiro de los que ya están dentro del mercado, las sociedades ven una merma de ingresos y las AFP una disminución del valor de los vehículos en que nuestros ahorros se encuentran. Como es apreciable, es un sistema que involucra a una gran parte de la población, de una u otra forma.

Si es un sistema tan importante, los estándares por los que se ve informado son de la mayor relevancia y deben encontrarse definidos y establecidos de la manera más concreta posible. La sentencia del Tribunal Constitucional respecto al Caso Cascadas tuvo la difícil misión de -sopesando los argumentos en contra y a favor de diferentes interpretaciones- concretar estos principios, su alcance y relevancia particular. El TC tomó una postura al respecto, pero no sin particulares apreciaciones y disidencias, demostrando hasta cierto punto la complejidad de la materia. Nuestra intención es esclarecer el

---

<sup>1</sup> ARRAU, P., 2001, El Mercado de Capitales Chileno: Un Necesario Big Bang para el Crecimiento. En: BEYER, H. y VERGARA, R., ¿Qué Hacer? Propuestas para el Desarrollo, Chile, Centro de Estudios Públicos: pp. 333 – 364. p.344: *“El mercado de capitales es esencial para asignar eficientemente los recursos de ahorro hacia los distintos proyectos de inversión que crean empleo y riqueza para los chilenos. Su aporte como columna vertebral del sistema económico excede en mucho su aporte directo al PIB nacional.”*



panorama ante el que nos encontramos, no pretendemos entregar soluciones problemas que por mucho y muchos han sido discutidos, pero si entregar un aporte sustancial a la discusión.

Una pequeña precisión es aún necesaria, las sanciones impuestas se encuentran regidas por un particular conjunto de normas -las que, lamentablemente, no han encontrado la coherencia necesaria como para ser analizadas de manera óptima, sin que podamos hablar de un sistema propiamente tal (y si lo hacemos es por la facilidad conceptual)-, que ha sido denominado Derecho Administrativo Sancionador (en adelante, "DAS"). El DAS es un conjunto de normas constitucionales y legales que permiten al Estado sancionar a ciertas personas por la infracción de las mismas, pero escapa del tradicional ámbito del Derecho Penal, por razones que ya serán señaladas.

### **Plan de Trabajo**

La metodología del presente trabajo estará guiada por el caso presentado y la doctrina y jurisprudencia que se ha desarrollado en el foro nacional, como también en la visión internacional que se tiene de las sanciones administrativas. El primer capítulo consiste en la presentación los aspectos generales del DAS: los principios que lo fundamentan, el procedimiento que lo rige, su naturaleza y otras cuestiones que han sido abordadas por la dogmática, buscando con ello presentar aspectos básicos que permitan al lector una comprensión del caso analizado en el siguiente capítulo. Luego, en el segundo capítulo, la Sentencia será el centro temático en el cual giraremos, expondremos de manera somera la Resolución Exenta de la SVS y el reclamo interpuesto contra ella, algunos pormenores de la tramitación ante el Tribunal Constitucional y, por último, una visión personal de la decisión.

Nuestro objetivo final es determinar cuál es la importancia de la Sentencia, no en el sentido general de impacto social, que también es esencial al hablar de la validez del sistema jurídico en sí, sino en la determinación de la sanción administrativa y sus características. En otras palabras, cómo cambia nuestra concepción de sanción administrativa a la luz de lo decidido por el Tribunal Constitucional en este caso.

## **I. PRIMER CAPÍTULO: Aspectos Generales del Derecho Administrativo Sancionador**

### **A. El Derecho Administrativo Sancionador y la Sanción Administrativa**

#### **1. Definición de Derecho Administrativo Sancionador**

Una definición de Derecho Administrativo Sancionador es bastante esquivada y presenta problemas de diversa índole. Por una parte, las dificultades ya mencionadas, respecto a la relación entre Derecho Penal y DAS, a lo que se suma la existencia de regímenes particulares que establecen reglas sustanciales o procedimentales que no necesariamente presentan una coherencia normativa si se analiza la totalidad del régimen sancionatorio administrativo. Adicionalmente, veremos a continuación, la sanción administrativa, elemento basal del estudio de esta rama del Derecho, tampoco es un concepto unívoco y ello impide una definición clara.

Es factible entregar una definición parcial, con los elementos básicos que sí son apreciables y en los que existe concordancia (algo como: conjunto de normas y principios vinculantes para la Administración en el ejercicio de una potestad sancionatoria contra sujetos regulados por normas administrativas especiales o que se encuentran en una relación de sujeción particular con la Administración, descartando los casos de sanciones penales o sanciones disciplinarias), pero ello no trae un rédito aparejado, su alcance amplio o generalidad impide mayores beneficios, por lo que se dejará dicha tarea para otra ocasión. Más beneficioso será abocarse a la definición de sanción administrativa.

#### **2. Definición de Sanción Administrativa**

Son varias las versiones de sanción administrativa que nuestra doctrina ha esbozado. Es necesario mencionar algunas para ver en ellas la posibilidad de una definición unificadora o, por lo menos, los elementos que consistentemente pueden encontrarse en una definición.

Jorge Bermúdez, las define como: *“Es el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son*

*constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”<sup>2</sup>.*

Otros, como el profesor Román Cordero, consideran que la tarea es innecesaria: *“a mi juicio, la sanción administrativa es un concepto jurídico indeterminado, como muchos otros que pueden apreciarse en el Derecho Público (v.gr. la falta de servicio), y precisamente por ello es vano todo intento por definirla y, a su vez, peligroso, pues con ello se corre el riesgo de rigidizar en demasía su concepto (...)”<sup>3</sup>.*

Otra definición, entregada por Tamara Arancibia en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la sentencia Rol N° 1413, es la siguiente: *“Aquella establecida por ley como consecuencia de la comisión de una infracción a una norma administrativa, impuesta por un órgano administrativo, luego de la realización del respectivo procedimiento sancionador”<sup>4</sup>.*

Todas estas definiciones comparten elementos en común: la reacción negativa de la Administración, la existencia de un hecho, la existencia de una infracción, entre otros. Lo que nos gustaría aportar, precisando antes que estos elementos se encuentran presentes en toda definición de sanción, considerando las disciplinarias o penales: es que existe la posibilidad de opción por el legislador. Consideramos que las sanciones que el legislador opta por sancionar de manera administrativa presentan un elemento característico: la sofisticación. En efecto, las áreas en que la Administración sanciona corresponden muchas veces a nichos de carácter técnico que requieren de alta especialización. Por lo demás, la Administración debe regular estas área por la desigualdad que presentan entre los diferentes entes regulados, que suelen ser grandes empresas y personas naturales<sup>5</sup>, y no puede dejar a los particulares, carentes de recursos, contra sociedades que presentan una capacidad económica inconmensurable en relación a la mayoría de las personas naturales. Así, donde grandes sociedades ostentan un poder fáctico superior a la ciudadanía, la que no dispone del conocimiento técnico ni de recursos para enfrentarlas, el Estado debe resguardar el interés general. Al final, existe una decisión política en torno a quién se le concede la titularidad de

---

<sup>2</sup> BERMÚDEZ, J., 2010, Derecho Administrativo General. Chile, Legal Publishing, 349p. p. 178.

<sup>3</sup> ROMÁN, C., 2010, El Castigo en el Derecho Administrativo, Derecho y Humanidades 1 (16): pp. 155-171. p. 167.

<sup>4</sup> ARANCIBIA, T., 2015, Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Materia de Sanciones Administrativas. Santiago, Tribunal Constitucional. 80p. (Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 58), p. 16.

<sup>5</sup> En este punto, puede pensarse en las regulaciones eléctricas, medioambientales, de sanidad, el mercado de valores, etc.

una acción y, en esa decisión, se reconoce que no es óptimo entregarla a la ciudadanía. He ahí una diferencia clara entre Derecho Penal y DAS, en el primero la ciudadanía se ve como hábil para el resguardo de un interés (que puede ser personal o colectivo, piénsese en delitos de incendio o corrupción, que afectan bienes jurídicos supraindividuales), mientras que en el segundo se le considera carente de condiciones adecuadas para la consecución de este fin. Es claro que esta explicación es de carácter positivista o formal, pues se reduce a que es el legislador quien finalmente decide entre los diferentes regímenes posibles. Ahora bien, que dicha decisión puede ser basada en características que serían naturales a la sanción administrativa, no parece existir aún. Si utilizáramos otro criterio, por ejemplo, que un elemento distintivo entre la sanción administrativa y la pena en materia penal es el binomio bien jurídico individual/supraindividual, no podríamos explicar las sanciones penales por conducción en estado de ebriedad o, en general, lo que la doctrina llama delitos de peligro abstracto, como tampoco el hecho de que exista dualidad de regímenes en cierta materias, como información privilegiada o manipulación de mercado<sup>6</sup>. La existencia de estas zonas grises es algo que no podemos obviar y nuestras definiciones tienen que ser coherentes con el estado de la legislación actual.

### 3. La Sanción Administrativa. Naturaleza y Fuentes

La naturaleza de la sanción administrativa es algo que ha tomado largos derroteros en las páginas de casi todos los autores que han comentado esta materia; presenta dificultades que no han podido ser solucionadas y detalles que no parecen tener una respuesta satisfactoria hasta el momento. Quizá la cercana relación de esta materia con el Derecho Penal es una fuente de conflicto más que de soluciones.

La relación entre el Derecho Penal y las sanciones administrativas ha sido quizá la fuente primigenia de todas las dificultades que podemos apreciar en la naturaleza de éstas<sup>7</sup>. No es discutido que las sanciones administrativas nacen del mismo paradigma normativo y sociológico que justifica el castigo en materia penal; en otras palabras, de la potestad del Estado de castigar, el *ius puniendi*<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Al respecto, la doctrina nacional ha considerado que la dualidad de regímenes es una decisión de carácter política. MAÑALICH, J., 2014, El Principio Ne Bis In Idem Frente a la Superposición del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio. *Política Criminal* 9 (18): pp. 543-563.

<sup>7</sup> CORDERO QUINZACARA, E., 2012, El Derecho Administrativo Sancionador y su Relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 25 (2): pp. 131-157.

<sup>8</sup> CORDERO QUINZACARA, E. y ALDUNATE LIZANA, E., 2012, Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (39): pp. 337-361. p. 343: "La denominada facultad sancionadora del Estado, el *ius puniendi* en cualquiera de sus manifestaciones, no es una cosa distinta a la facultad general sobre la que descansa el ejercicio del poder

La concepción de que penas y sanciones derivan de un mismo sustento conceptual se encuentra extendida y aceptada por amplios sectores de la doctrina<sup>9</sup> y la jurisprudencia nacional<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, esta relación siempre ha existido y ha evolucionado de acuerdo al cambio de los tiempos<sup>11</sup>, desde un derecho penal policial, pasando por el derecho penal administrativo, por teorías de carácter más formalista, hasta teorías de corte normativo, como la extendida por Alejandro Nieto<sup>12</sup>. En la actualidad, se ven dos caminos posibles: a un lado, los que defienden la identidad ontológica entre penas y sanciones y, por lo tanto, de una relación inevitable entre Derecho Penal y Administrativo Sancionador; por el otro, se defiende la autonomía de DAS desde la primacía de principios que nacen del Derecho Administrativo por sobre los penales y que obligan a comprender la disciplina desde otra óptica.

El problema, más allá de las consecuencias doctrinarias, tiene practicidad porque optar por una u otra teoría afecta los principios que aplican en la imposición de sanciones administrativas: *“la conceptualización de los delitos/penas y las infracciones/sanciones administrativas se ha transformado en una cuestión fundamental al momento de establecer cuáles son los principios y, especialmente, las garantías que están en juego respecto de las personas de las que se le imputan dichos ilícitos.”*<sup>13</sup>

Los objetivos de este trabajo escapan de esta clase de discusión, aunque ayudan a la comprensión global del tema y es por eso que la hacemos presente, pero adoptamos una posición tradicional en este sentido. La jurisprudencia y doctrina es más bien unánime en que en la actualidad los principios del Derecho Penal son la base de los principios del DAS, que se deben aplicar de forma matizada, en consideración de las particularidades de este último<sup>14</sup>. Si bien existen avances que la doctrina por

---

público: adoptar medidas que, desde el punto de vista de los individuos pueden ser apreciadas como afectación a sus derechos”.

<sup>9</sup> REBOLLO, M., IZQUIERDO, M., ALARCON, L., BUENO, A., 2005, Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España. Revista Estudios Socio-Jurídicos 7 (1): pp. 23-74. p. 24: “Se parte de que el Estado tiene un ius puniendi único que, según decida la ley, unas veces será ejercido por jueces y, otras, por autoridades administrativas.” Véase también: ZUÑIGA, F., 2015 El Retorno a lo Administrativo: Comentario a la Sentencia Rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dörr Zegers y Otros” (“Chispas II”). Estudios Constitucionales 13 (1): pp. 399-416. p. 403.

<sup>10</sup> STC Rol N° 244.

<sup>11</sup> GÓMEZ, R., 2019, Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. Revista Derecho del Estado (44): pp. 361-384.

<sup>12</sup> CORDERO QUINZACARA, E., 2012, *ob. cit.*

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 140.

<sup>14</sup> BERMÚDEZ, J., *ob. cit.* p. 184: “En definitiva, la extensión de los principios penales al ámbito administrativo sancionador constituye una garantía para el ciudadano. Sin embargo, la extrapolación no es absoluta, ya que

largo ha pedido a los Tribunales<sup>15</sup>, no vemos límites claros entre una y otra disciplina en este aspecto, y las voces dentro de la academia tampoco han sido suficientemente categóricas como para decantarse por la opción contraria. La consecuencia de todo esto, es que los principios que informan al Derecho Penal, entendido éste y el DAS como emanaciones de un mismo *ius puniendi*, informan también la aplicación de las sanciones administrativas.

Ahora bien, cuáles son las fuentes de este *ius puniendi* y si existen algunas fuentes propias respecto a la sanción administrativa, ese es otro problema. Las fuentes del DAS son principalmente la Constitución y leyes de rango orgánico constitucional. Al ser una rama incipiente del Derecho, el DAS se encuentra bastante fragmentado, regulando el legislador materias específicas en una forma en que no siempre contempla la coherencia o la posibilidad de que el DAS se considere una rama autónoma al Derecho Penal. El DAS integra, generalmente, ramas especializadas del Derecho denominadas y agrupadas generalmente bajo el rótulo de “*Derecho Regulatorio*”<sup>16</sup>, que consisten básicamente en la regulación que el Estado crea para la operación de una determinada área de relevancia social. De ahí que el Derecho Regulatorio abarque áreas tales como la protección del medio ambiente, la actividad sanitaria, los mercados (energéticos, financieros, bancarios o telecomunicaciones) y el mercado en sí por medio de la protección a la libre competencia. El elemento común en todas éstas es que el Estado decide abandonar la preponderancia de la libertad en aras de ciertos objetivos colectivos, se abandona la primacía de lo individual por sobre lo social. El problema del concepto de Derecho Regulatorio es que abarca muchas áreas por el mero hecho de que son reguladas, por lo tanto, se puede afirmar que no existe sistematicidad de fines rectores en esta área del Derecho. Toda regulación específica tiene objetivos particulares propios, ya sea asegurar la entrega de un servicio, asegurar transparencia de información u asegurar un bien jurídico, que no son extensibles a otras áreas reguladas. Por ejemplo, la regulación de precios en el sector eléctrico no tendría sentido en el Mercado de Valores, pero sí lo tiene en el Mercado Energético. El DAS, por su parte, si bien presenta cierta sistematicidad, también debe responder a y

---

los principios penales son matizados y morigerados en sus alcances y efectos. Esto hace que tales principios, en el ámbito administrativo, adquieran autonomía y contenido propio.”

<sup>15</sup> ZUÑIGA, ob. cit.

<sup>16</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M., 2013, Incidencia del Fenómeno Regulatorio en la Noción de Derecho (no publicado) [en línea] <https://eprints.ucm.es/23422/> [consulta: 19 de marzo de 2018]: “Hablo de “derechos regulatorios” en plural porque, en efecto, de ellos se habla en la jerga de los profesionales de la abogacía. Eso significa que cada uno de esos derechos se convierte en un ordenamiento jurídico particular respecto de una específica materia que, para nuestro objeto, conviene decir desde ahora que consiste en cada uno de los sectores de la actividad económica o incluso alguna perspectiva de esa actividad; así, por ejemplo, se habla del derecho de las comunicaciones, del derecho de la energía, del derecho de la competencia, etc.”

hacer efectiva la consecución de los fines perseguidos por cada área específica y, por lo tanto, existirá siempre una tensión entre la necesidad de sistematicidad y la protección de bienes jurídicos y fines por medio de soluciones particulares.

Todo lo anterior nos enfrenta a una tarea inalcanzable, como lo sería sistematizar normas de regímenes con propósitos y objetivos diferentes, muchas veces incompatibles. El fomento del mercado, por ejemplo, puede significar un aumento en actividades dañinas al medioambiente. Nuestra tarea, por tanto, en el estado actual de la legislación, sólo puede basarse en el estudio de las fuentes del DAS dentro de las normas constitucionales, con la consecuencia de no considerar dentro de ese análisis las fuentes de carácter legal. No negamos la existencia de fuentes de rango legal, sin lugar a duda existen, pero por es posible desprender de las diferentes regulaciones un análisis del DAS como estatuto coherente<sup>17</sup>. En otras palabras, diferenciamos un Derecho Administrativo Sancionador General y uno Especial, propio de cada regulación. Lamentablemente, el desarrollo del DAS General es exiguo y vemos únicamente en la Constitución las fuentes que informan la totalidad de los regímenes sancionatorios.

#### 4. Elementos Característicos de la Sanción Administrativa

El Derecho Administrativo Sancionador, incluso sosteniendo que es informado por principios de talante penal, no es un epifenómeno de dicha rama, presenta características propias por medio de las cuales podemos diferenciar entre delitos/penas e infracciones/sanciones (aunque sin olvidar que existen casos en los que esta diferencia pareciera no ser tan clara, pero estos casos no serán considerados en este estudio<sup>18</sup>). En este punto encontramos un mayor consenso en la doctrina, sin que por ello se haya resuelto el problema de qué elementos son efectivamente los que caracterizan a un ejercicio de *ius puniendi* como de carácter administrativo. En este sentido, se han identificado los siguientes elementos por parte de la doctrina como esenciales en la distinción entre penas y sanciones:

- i. Órgano: es un criterio que todos los autores reconocen, siendo evidente que la sanción impuesta por la Administración difiere de la que impone un Tribunal<sup>19</sup>. Sin embargo,

---

<sup>17</sup> BERMÚDEZ, J., *ob. cit.*, p. 27: “No obstante lo anterior, la fuente del Derecho se caracteriza comúnmente por su generalidad y por su permanencia, a pesar de que ninguno de estos dos elementos por sí solo sirve para diferenciar como fuente a los diversos actos normativos.”

<sup>18</sup> *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J., 2001, *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Segunda Edición, España, Editorial Civitas, 167p.

<sup>19</sup> REBOLLO, M. et. al., *ob. cit.*, p. 25: “Precisamente, lo que diferencia a las sanciones administrativas de las penas es que aquéllas las imponen autoridades administrativas y éstas las imponen jueces y tribunales; las

nos parece digno mencionar que no es un criterio absoluto. El profesor Eduardo Cordero se ha pronunciado en dicho sentido: *“Si bien esto corresponde a la práctica usual en el modelo de la organización de las administraciones públicas del Derecho Continental, nada obsta a perseverar en la distinción -por razones que se explicarán- entre sanciones administrativas y sanciones penales en un modelo en que todas las sanciones sean aplicadas en sede jurisdiccional, desde un inicio”*<sup>20</sup>. El que un órgano administrativo aplique una sanción es un indicio mas no el elemento que configura su carácter.

- ii. Contenido Aflictivo: la imposición de un mal a una persona es necesario para la configuración de una sanción. Tampoco es un elemento esencial de la caracterización de sanciones como administrativas, pero es una condición mínima de toda sanción<sup>21</sup>. Cuestión relacionada es que la cuantía del castigo sea un límite entre lo penal y lo administrativo sancionador<sup>22</sup>. Nos parece que la mera aseveración de que la sanción incorpore un elemento aflictivo es insuficiente y, por lo tanto, es necesario entregar un parámetro más allá de lo meramente formal.
- iii. Expresión de Reproche: La sanción, como ha dicho el profesor Román: *“debe ser, necesariamente, la reacción frente a una acción: la realización por acción u omisión, de una infracción administrativa, tipificada como tal por ley”*<sup>23</sup>. La sanción tiene que ser el correlato de una conducta que se encuentre contemplada en la ley.

---

demás diferencias entre penas y sanciones administrativas derivan de esta primera diferencia esencial”. CORDERO QUINZACARA, E., 2012, *ob. cit.*, p. 355: “A primera vista la diferencia más ostensible (...) radica en que, mientras las sanciones penales son aplicadas por los tribunales, (...) las sanciones administrativas pueden ser aplicadas por órganos administrativos”. ASCARATE, A., 2013, Cuestiones preliminares para el estudio de la infracción administrativa. En: REGUEIRA, E. (Coord.), Estudios de Derecho Público, Argentina, Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA: pp. 1095-1116. p. 1113: “Si se recurre a una aproximación etimológica de la noción sanción administrativa, se advertirá rápidamente que el término sanción es empleado como sinónimo de pena (...). Sin embargo, este castigo, esta pena, se caracteriza por ser administrativa. (...). El verbo que vincula y sirve de nexo entre ambos términos surge también de forma intuitiva. La sanción administrativa de trata de una pena que aplica la Administración”.

<sup>20</sup> CORDERO QUINZACARA, E. y ALDUNATE LIZANA, E., *ob. cit.*, p. 355.

<sup>21</sup> REBOLLO, M. et. al., *ob. cit.*, p. 25: “han de consistir en un mal, en un perjuicio que se impone a un ciudadano”. Román, *ob. cit.*, p. 168: “La sanción administrativa debe importar para el afectado un menoscabo o lesión en sus derechos o la imposición de un deber”.

<sup>22</sup> CORDERO QUINZACARA, E., 2012, *ob. cit.*, p. 141: “la tesis cuantitativa, según la cual es la gravedad de la sanción la que determina si estamos frente a un delito o a una mera infracción administrativa. Esto supone que corresponde al legislador trazar la frontera entre ambas, valorando la gravedad de la conducta y estableciendo la sanción correlativa”. BERMÚDEZ, *ob. cit.*, p. 182: “el juez (ámbito penal) puede imponer una sanción privativa de libertad, a diferencia de la Administración, la cual no puede hacerlo”.

<sup>23</sup> ROMÁN, C., *ob. cit.*, p. 168.



- iv. Procedimiento Administrativo: El procedimiento por medio del cual se impone una sanción es también un elemento, de naturaleza formal, que nos permite diferenciar entre sanciones administrativas y penas<sup>24</sup>.

A nuestro parecer estos son los elementos que más preponderan en la definición de las sanciones administrativas, sin dejar de mencionar que otras características o elementos han sido consideradas.

---

<sup>24</sup> BERMÚDEZ, *ob. cit.*, p. 182.

## **B. Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador**

### **1. Introducción**

Tan importante como lo son los principios materiales que informan la actividad sancionatoria de la Administración son los principios adjetivos o procesales que entregan las garantías mínimas de validez para la substanciación de un procedimiento válido. En este apartado se analizarán los principios constitucionales de: justo y racional procedimiento, inocencia y de defensa. De lado quedan los principios de rango legal, como los dispuestos en la LBRA (contradictoriedad, no formalización, conclusivo, economía procedimental, imparcialidad, abstención, entre otros).

Varias son las discusiones que al respecto se han suscitado sobre los diversos tópicos que corresponden al procedimiento administrativo, los que mencionaremos y desarrollaremos con cierta extensión, para entregar un panorama general de la situación en Chile.

De todas formas, antes de entrar en un análisis de estos principios y garantías, queremos plantear una situación que consideramos debe ser resuelta de forma previa, pues influye en los fundamentos de por qué serían aplicables estos principios a la actividad sancionadora de la Administración. Así, primeramente, se hará referencia a la naturaleza de las actuaciones de la Administración al sancionar y, en concreto, si ello es ejercicio de jurisdicción. Luego, consideramos esencial mencionar el procedimiento supletorio o general en esta materia, antes de entrar a un análisis pormenorizado de los principios aplicables.

La discusión que se da respecto al ejercicio de jurisdicción por órganos administrativos ha sido por largo discutido en doctrina<sup>25</sup>. Su presencia sería necesaria, además, para aplicar las garantías de un justo y racional procedimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En un primer estadio de comprensión del problema, se sostuvo que el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración era ejercicio de jurisdicción. Las razones podían encontrarse ya en la discusión constitucional, específicamente en la sesión 103, donde se defendió una concepción de jurisdicción con características amplias o integradoras de órganos no judiciales:

---

<sup>25</sup> BORDALÍ, A. y FERRADA, J., 2002, Las facultades juzgadoras de la Administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. Revista de Derecho (Valdivia) 13: pp. 187-205.

“aclarar que por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos (...). O sea todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo llámese como se llame”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirmaba lo anterior, en concreto, la STC rol N° 478 declaraba: “los principios del artículo 19 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado”.

Dicha posición era, por lo demás, funcional a la concepción de que las garantías penales establecidas en la Constitución eran aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, en cuanto tanto en sanciones administrativas como en penas podía apreciarse el ejercicio punitivo del Estado en ejercicio de una misma potestad, esto es, jurisdicción.

Esta fue la posición mayoritaria, sin embargo, en la actualidad domina un punto de vista contrario, según el cual no existe ejercicio de jurisdicción por parte de los órganos de la Administración al ejercer potestades sancionadoras. En efecto, podemos encontrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional modificó su planteamiento inicial en este aspecto en la STC rol N° 1183. El pronunciamiento de dicho tribunal fue en el siguiente tenor: “Que, por consiguiente, no existe en la especie ejercicio alguno de facultades propiamente jurisdiccionales, que resuelvan conflictos entre partes, sino que se está en presencia del ejercicio de potestades administrativas sancionadoras” (considerando decimoséptimo). La Corte Suprema, en un reciente fallo<sup>26</sup>, se pronuncia en los mismos términos sobre la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras: “en tanto la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras está ejerciendo facultades jurisdiccionales, razonamiento que, efectivamente es erróneo, toda vez que su ejercicio está reservado a los tribunales de justicia” (considerando decimoséptimo).

El problema que surge de esta concepción sería que, al no ejercer jurisdicción, tampoco podrían aplicarse las garantías de un justo y racional procedimiento. La fundamentación para evitar esto se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, los que han considerado que la falta de ejercicio de jurisdicción no impide la aplicación de las garantías que la Constitución consagra para todo procedimiento. En este sentido, el fallo de la Corte Suprema ya referido: “tal yerro es indiferente porque si bien la SBIF no ejerce funciones jurisdiccionales, lo cierto

---

<sup>26</sup> Corte Suprema, rol N° 62.128-2016. “Caso Corpbanca”.

es que en su actuar igualmente debe regirse por los principios básicos del debido proceso al amparo de la norma constitucional (...) requiere de las garantías de las que goza el administrado en el marco del denominado debido proceso legal”<sup>27</sup>. El mismo fallo alude a que el Tribunal Constitucional comparte su visión acerca del asunto de marras (STC rol N° 766). Una fundamentación en base al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso 1° y 2° puede encontrarse en STC rol N° 389, considerandos vigesimonoveno y trigésimo, normas de las cuales se desprende que el legislador debe velar por una protección de los derechos fundamentales de forma generalizada; “que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, tener la oportunidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule”.

En cuanto al procedimiento aplicable en materia de sanciones administrativas, primero debe considerarse la existencia de procedimientos especiales, como por ejemplo es el caso del procedimiento introducido por la Ley N° 21.000 respecto de los procedimientos sancionatorios iniciados por la Comisión para el Mercado Financiero, y luego, da manera supletoria, evaluar la aplicación de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos. El Tribunal Constitucional se pronuncia en este sentido: “existiendo una ley que se aplica con carácter supletorio, cual es la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, los vacíos que contenga la legislación especial en materia de procedimiento se cubren con las disposiciones de la legislación general que se aplica supletoriamente”<sup>28</sup>. En el Caso Corpbanca, la Corte Suprema, distingue tres maneras en las que se puede aplicar la LBPA como norma supletoria según la extensión de la regulación que pretende suplir (la que puede ser inexistente, parcial o total, dependiendo de ello la extensión con la cual suple la norma general los vacíos de la especial). Adicionalmente, la Corte estima que dicho ejercicio debe tener en cuenta: “que la aplicación supletoria de la referida LBPA, sólo es procedente en la medida que sea conciliable con el objetivo o misión del ente administrativo”<sup>29</sup>. La sentencia anterior, como bien puede apreciarse, se perfila como una decisión fundamental, pues consagra una serie de ideas de gran trascendencia en sus consecuencias.

---

<sup>27</sup> CS, rol N° 62.128-2016, considerando decimoséptimo.

<sup>28</sup> STC rol N° 771, considerando decimosexto.

<sup>29</sup> CS, rol N° 62.128-2016, considerando duodécimo.

## 2. Justo y Racional Procedimiento

El justo y racional procedimiento, conocido en doctrina como debido proceso, es un eje sobre el que se estructura la lógica de todo procedimiento. Su razón de ser es entregar una serie de garantías mínimas que deben ser respetadas en la generalidad de todo procedimiento. Se consagra expresamente en la Constitución en el artículo 19 N° 3 y bien es sabido que, aun en su formulación genérica, existe un núcleo mínimo de garantías -aunque no se expresó de manera explícita en la norma para con ello entregar cierta flexibilidad al concepto-.

Las garantías mínimas que se ha considerado son parte de la actividad sancionadora de la Administración son: (i) investigación previa; (ii) formulación de cargos precisa, relacionada con la investigación; (iii) comunicación de infracción al infractor; (iv) oportunidad de presentar defensas, alegaciones y rendir prueba y; (vi) una fundamentación de la sanción coherente con los hechos imputados, susceptible de impugnación<sup>30</sup>.

Otros han estimado que el núcleo mínimo es más extenso (establecimiento de plazo de investigación o determinación de criterios de medidas dentro del procedimiento<sup>31</sup>), pero más allá de dichas precisiones, por lo demás necesarias, nos abocaremos a precisar ciertas garantías.

La etapa de investigación se encuentra poco reglada en la LBPA, “sólo tiene lineamientos generales de los actos de instrucción (artículo 34) en que convergen las etapas de determinación, conocimiento y comprobación de datos”<sup>32</sup>. Se reconoce, de todas maneras, que en esta etapa se deben respetar límites constitucionales, tales como el derecho de no autoincriminación y derecho a la privacidad<sup>33</sup>. Aun cuando estos derechos son garantías del acusado, parece necesario levantar una precisión al respecto. La actividad sancionatoria se lleva a cabo de manera inquisitiva, de forma tal que los órganos de la Administración pueden tener ciertos poderes que –comparados con el ejercicio de las mismas actividades por parte del persecutor penal–, podrían parecer excesivas. Sin embargo, la extensión en la que se puede realizar la investigación administrativa es necesariamente más laxa y sujeta a menos garantías que en materia penal. Específicamente, la cooperación y obligación de entregar antecedentes es un deber extendido en ciertos sectores regulados administrativamente (como en el mercado de valores, en el que, por ejemplo, se aprecian amplias

---

<sup>30</sup> STC rol N° 2682-14, considerando décimosegundo.

<sup>31</sup> ARANCIBIA, T., *ob cit.*, p. 57.

<sup>32</sup> ORTIZ MÉNDEZ, M., 2015, Análisis de los Problemas Probatorio en los Procedimientos Sancionatorios Contra las Vulneraciones a la Ley 18.045. Revista de Derecho Público (82): pp. 205-250.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 227.

atribuciones de la Superintendencia del ramo de acuerdo al artículo 4° del Decreto Ley N° 3538). Se desarrollará el punto a continuación, pero preliminarmente considérese que en nada obsta este ejercicio de potestades con el derecho de no autoincriminación.

La formulación de cargos, y en específico la necesidad de que se precisen las infracciones, se encuentra similitudes en el proceso penal, donde se exige la congruencia respecto a los hechos a lo largo del procedimiento penal (artículo 229 y, en especial artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal). La lógica detrás de dicha congruencia va más allá de una técnica legislativa y dice relación con la concreción del derecho de defensa y de la necesaria motivación de la sentencia, que se encuentra expresamente recogido en el artículo 41 de la LBPA al establecer que la resolución final decide acerca de las cuestiones planteadas, *contrario sensu*, que no se puede pronunciar sobre aquellas cuestiones que no planteadas durante el procedimiento.

Por su parte, la comunicación de la infracción, así como la posibilidad de actuar en el procedimiento administrativo sancionador presentando defensas o alegatos y participando en la etapa probatoria, son concreciones propias de la bilateralidad o contradicción, que fluyen del derecho a la defensa que tiene toda persona. En el derecho comparado, por su parte, se entiende de forma más bien similar, reconociéndose derecho a ser informado de la acusación y de utilizar los medios de prueba pertinentes<sup>34</sup>. Pareciera también, y en ello hacemos eco de la necesidad de establecer plazos, que debe presentarse la imputación de cargos si existen plazos asociados al procedimiento<sup>35</sup>. En el mismo sentido, la sentencia del Caso Corpbanca: “el órgano administrativo dirigió comunicaciones y solicitó en reiteradas oportunidades documentación a Corpbanca, cuestión que se enmarca dentro del ejercicio de sus facultades fiscalizadoras. Así, una vez que se proporcionó la información y se acompañó la documentación, se comunica al administrado la imposición de las tres multas impugnadas, sin que de forma previa se pusiera en su conocimiento los hechos que se consideraban constitutivos de infracción”<sup>36</sup>. Continúa, estableciendo que no es lo mismo realizar requerimientos o entregar información en ejercicio de potestades de fiscalización que informar cargos en el marco de un procedimiento sancionatorio. Adicionalmente, que la presentación de documentos por parte

---

<sup>34</sup> REBOLLO, M. *et. al., ob. cit.*, p. 42.

<sup>35</sup> “The CJ also allows time limits that are ‘reasonable’ (...) It is essential to know whether the person involved were able to know their (procedural) rights when the time limit was running”. DE MOOR-VAN VUGT, A., 2012 Administrative Sanctions in the EU Law, *Review of European Administrative Law*, Vol. 5 (1): pp. 5-41. p. 30.

<sup>36</sup> CS, rol N° 62.128-2016, considerando décimosexto.

del acusado, aun cuando se materializó, no tuvo como consecuencia un respeto material a las garantías de las que goza todo sujeto, lo que se concretó en una deficiente resolución sancionatoria.

Por último, la necesidad de que la sanción se encuentre fundada así como la posibilidad de que se impugne la misma, se han establecido de manera expresa en la LBPA (artículos 41, 59 y siguientes). La doctrina española ha expuesto que es necesario, para una correcta motivación de la sanción: fijación de todos los hechos relevantes, valoración de todas las pruebas practicadas, establecer personas responsables, infracciones que se imputan a dichas personas y las sanciones concretas<sup>37</sup>. Adicionalmente, que la fundamentación de la decisión permite un posterior control judicial y acceso a la justicia, que se consagra en la práctica por los medios de impugnación que el legislador entrega para una posterior revisión del acto administrativo por parte del Poder Judicial. Al respecto, el control judicial posterior es una forma de fundamentar la posibilidad de un trato distinto entre sanciones de orden penal y administrativas, toda vez que: “la existencia de un proceso de control posterior, realizado por un órgano diverso e independiente del que sancionó, con facultades de suspensión del acto sancionatorio y con un proceso acusatorio (...) entrega todas las garantías necesarias para que el control contencioso-administrativo se realice de manera correcta, intensa y eficiente”<sup>38</sup>. Lamentablemente, el diseño de los procedimientos contenciosos administrativos es, en su mayoría, deficiente y disperso: existen diversos tipos de recursos (de protección, nulidades de derecho público, invalidaciones, recursos de ilegalidades especiales, entre otros), los que no son conocidos por un mismo tribunal, sino que por una serie de órganos dispersos, lo que transforma en complejo comprender las características de las impugnaciones en el derecho administrativo contencioso<sup>39</sup>.

### 3. Derecho de Defensa

Con consagración expresa en la Constitución, ya hicimos mención de este derecho anteriormente, pues es también en origen o sustento de muchas garantías que no contiene expresamente, pero que de todas formas lo integran. El Tribunal Constitucional ha entendido que este derecho se

---

<sup>37</sup> REBOLLO, M. et. al., *ob. cit.*, p. 47.

<sup>38</sup> LETELIER, R., 2017, Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal* 12 (24): pp. 622-689.p. 646.

<sup>39</sup> *Vid.* JARA, J., 2018, La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. *Revista de Derecho Público* (89), pp 59-91. El autor presenta interesantes críticas al diseño disperso y deficiente de los procedimientos contenciosos en Chile.

satisface: “dándole previa audiencia al presunto responsable, esto es otorgándole la oportunidad de presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas”<sup>40</sup>. De todas formas, nos parece que es necesario agregar que, el derecho de defensa es también la obligación por parte del acusador de informar de manera precisa, sin lo cual es imposible presentar descargos, defensas o alegaciones, así como producir prueba o solicitar medidas probatorias que realmente puedan desvirtuar los cargos que fundamentan la presunta infracción<sup>41</sup>. Lo anterior es considerado por la doctrina como el aspecto material de este derecho, mientras que también se puede apreciar, en su “faceta técnica, como derecho a designación y sustitución de un abogado defensor”<sup>42</sup>. Adicionalmente, que: “En estricto rigor, su derecho a defensa y controversia de la sanción sólo vendría a darse en una etapa posterior si es que el formulado de cargos decide interponer una acción en tribunales, de allí el que no haya cosa juzgada en sede administrativa”<sup>43</sup>.

Queda por dilucidar –poca discusión hay al respecto en nuestro foro- algunos problemas que dicen relación con la posibilidad de terceros interesados en participar en el procedimiento y la posibilidad de comparecer ante autoridades administrativas sin representación judicial. Lo último es algo que no pareciera causar mayores complicaciones si con ello no hay daño a las posibilidades de defensa. Respecto a la participación de terceros en el procedimiento administrativo sancionador y, aún más relevante, el grado de participación que pueden tener en él y la posibilidad de impugnar las decisiones, es algo que debería analizarse con detención<sup>44</sup>.

#### 4. Presunción de Inocencia

Según la Constitución “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Como bien se puede apreciar, este inciso del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Magna es el fundamento del principio de inocencia. Al respecto, este puede desglosarse en un derecho de no autoincriminación y como un garantía a ser tratado como inocente durante la substanciación del procedimiento.

---

<sup>40</sup> STC rol N° 2682-2014, considerando décimoquinto.

<sup>41</sup> CS, rol N° 62.128-2016, considerando décimoquinto.

<sup>42</sup> ORTIZ MÉNDEZ, M., *ob. cit.*, p. 220.

<sup>43</sup> Lo mencionamos ya que nos parece importante por las consecuencias que podría tener en un análisis relacionado al *ne bis in ídem*, en especial en su vertiente formal o de prohibición de persecución múltiple. *Ibidem.*, p. 235.

<sup>44</sup> “Sometimes interest groups want to have Access to a court, and the question whether they must be given that right depends on the scope of the rules involved”. DE MOOR-VAN VUGT, A., *ob. cit.*, p.29.



Si bien se debe considerar inocente al acusado, no menos cierto es que la Administración tiene facultades de solicitar información en ejercicio de potestades fiscalizadoras. A nuestra entender, el ejercicio de las facultades que permiten a la Administración solicitar documentación o antecedentes que puedan estar relacionados con una presunta infracción no es en ningún caso objetable por la posibilidad de que la entrega a las autoridades signifique la incriminación sobre quien pesa la obligación. De lo contrario, se pierde todo el sentido de regular una determinada actividad al permitir que el regulado entregue discrecionalmente los antecedentes que estime pertinentes, en base a un errado concepto de presunción de inocencia.

El trato de inocente durante el procedimiento administrativo sancionador es algo que nos parece deseable, pero que es necesario reconocer es muy difícil sea cumplido en la práctica. Si consideramos que el mismo órgano acusador es el encargado de juzgar el valor de los descargos, de las pruebas y de emitir pronunciamiento acerca de la supuesta infracción, vemos que probablemente sea difícil mantener el estándar en la realidad. Ahora, se ha planteado que la presunción de inocencia, así como muchas otras garantías clásicamente penales, debe ser reconfigurada si quiere aplicársela en el derecho administrativo sancionador. En efecto: “Si ella es entendida en su sentido clásico como una garantía penal que instituye un estándar alto de prueba y de convicción para la condena, me parece que sancionar sólo con el acta de fiscalización claramente no cumpliría con ese estándar penal. Si, en cambio, la presunción de inocencia es concebida simplemente como la ausencia de una presunción de responsabilidad, (...) entonces la indicada regulación probatoria administrativa sí cumpliría con esa garantía penal”<sup>45</sup>. He aquí que se presenta una visión del tema, ya que no tenemos que olvidar que la presunción de inocencia tiene un doble aspecto, como estándar de prueba (de justificación de la decisión, ulteriormente) y define también la carga de la prueba. Lo expuesto por el profesor Letelier sólo modifica el entendimiento tradicional respecto a lo primero, reduciendo el estándar probatorio al que está sujeta la Administración, lo que no condice el hecho de que debe ser ella la que debe probar el hecho. Un caso que nos permite ejemplificar lo anterior, fallado por la Corte Suprema, en la que establece que es la Administración la que está obligada a entregar las pruebas necesarias para imputar una determinada infracción, pero “Los anteriores razonamientos suponen que la carga probatoria que recae en el administrado, en este caso sobre Chilectra, se refiera, a su turno, a la acreditación de aquellas circunstancias alegadas en su defensa y conforme a las cuales, a su juicio, se eximiría de la

---

<sup>45</sup> LETELIER, R., 2017, *ob. cit.*, p. 642.

responsabilidad que le achaca la autoridad”<sup>46</sup>. En este razonamiento se puede ver palmariamente que, como sostiene Letelier, aun cuando la Administración tiene la carga de la prueba, una vez que demuestra “la ocurrencia de los hechos que configuran la infracción respectiva”<sup>47</sup> es carga del administrado desvirtuar la acusación.

No debe olvidarse, y es coherente con lo expuesto anteriormente, que en materia de sanciones administrativas se ha tendido a sostener que estamos frente a casos de responsabilidad infraccional, en los que si bien es necesaria la concurrencia de dolo o culpa, la imputación se realiza por medio de constatación de hechos apreciables (se abandona o existe cierto alejamiento de la necesidad de verificar elementos subjetivos). Así, la imputación tiene como elemento central los deberes de cuidado y otros deberes normativos que pesen sobre el administrado y que, en caso de no cumplirse, generan presupuestos de culpa o dolo. La constatación de culpa infraccional no modifica el que el acusado de cometer una infracción administrativa sea tratado como inocente, pero sí tiene efectos en cuanto a la carga de probar el cumplimiento de los deberes normativos. En otras palabras, el que la culpa se estructure de esta manera no afecta la carga de la prueba, que nominalmente pesa sobre la Administración, pero sí tiene efectos sobre el estándar de prueba, el que claramente no es tan exigente como en materia penal.

---

<sup>46</sup> CS rol N° 19.058-2017, considerando quinto.

<sup>47</sup> CS rol N° 19.058-2017, considerando quinto.

## C. Principios de la Potestad Sancionadora

### 1. Introducción

Los principios que a continuación analizaremos informan el actuar de la Administración en el ejercicio de potestades sancionadoras en su aspecto material. Es el contenido que debe respetar toda sanción en cuanto a su validez dentro de las directrices que el ordenamiento impone. Los principios tratados en este apartado serán: (i) legalidad, (ii) tipicidad; (iii) culpabilidad o responsabilidad; (iv) proporcionalidad; (v) irretroactividad; y, (vi) prescripción.

Los dos siguientes principios –legalidad y tipicidad- son bastante similares y muchas veces tienden a superponerse o confundirse en cuanto a su contenido. Para los aspectos del desarrollo que aquí es presentado, aun cuando se considera que son ambas manifestación de un mismo concepto, seguiremos la concepción imperante en jurisprudencia, según la cual: “los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta (c. 10°, STC Rol N°244).<sup>48</sup>”

### 2. Principio de Legalidad

La sujeción de la Administración a la legalidad se desprende de los artículos 6 y 7 de la Constitución, así como del artículo 2 de la LOCBGAE. Por su parte, el principio de legalidad de las penas se encuentra consagrado en rango constitucional en el artículo 19 N° 3, como principio de igualdad lo que en materia de sanciones administrativas tiene directa relación con reserva legal.<sup>49</sup>

Por una parte, la legalidad es entendida como la exigencia de una ley previa, una ley que anteceda al acaecimiento de los hechos que se imputa<sup>50</sup>. Otra manifestación del principio, y la que presenta

---

<sup>48</sup> STC rol N° 2346-2012, considerando trigésimo segundo.

<sup>49</sup> NAVARRO, E., 2016, Notas Sobre la Potestad Sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad. Revista de Derecho Público (67): pp. 118-128.

<sup>50</sup> “the principle of the legality of criminal offences and penalties preclude national authorities from applying, to a custom offence, a penalty for which no express provision is made under the national legislation.” DE MOOR-VAN VUGT, A., *ob. cit.*, p. 15: El reconocimiento expreso, a nivel comunitario, se encuentra en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según

mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal, es la denominada “reserva de ley”, según la cual ciertas materias deben ser reguladas obligatoriamente por preceptos con rango de ley. La jurisprudencia de Tribunal Constitucional, en un primer momento, defendió este principio de manera absoluta, o sea, que la norma infraccional debía contener todos los elementos necesarios para su aplicación, en este sentido, no admitía complementación<sup>51</sup>, pero dicha situación fue matizada para admitir la posibilidad de complementación normativa por parte de elementos extra-legales, como los reglamentos, lo que es ampliamente aceptado desde la STC rol N° 480.

Antes de entrar en el análisis de la reserva legal y la complementación reglamentaria, nos parece importante mencionar escuetamente que la Administración cuenta con potestades reglamentarias de carácter autónomo y, por otro lado, potestades reglamentarias de ejecución de ley. Las primeras son potestades que otorgan “a los órganos de la Administración del Estado un poder excepcional de creación concurrente del orden jurídico”<sup>52</sup>. La potestad de ejecución, por su parte, consiste en poder llevar a cabo, en concretar las disposiciones del ordenamiento jurídico. “Esta potestad deriva del mandato general de ejecución de la ley que imponen los ordenamiento jurídicos a los órganos administrativos (...). Así, la potestad extraordinaria de poner en ejecución los contenidos normativos del ordenamiento, declarando los derechos y obligaciones que impone éste, constituiría un poder jurídico reconocido a la Administración Pública”<sup>53</sup>. Es importante entender estos conceptos pues se encuentran entrelazados a la reserva legal. En efecto, la potestad de ejecución se define por exclusión de aquellas materias que sólo pueden ser reguladas por la ley, que es, básicamente en lo que consiste la reserva legal<sup>54</sup>.

---

el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.” Adicionalmente, la autora menciona el caso *Case C-546/09, Arubis Bulgaria*.

<sup>51</sup> STC rol N° 244.

<sup>52</sup> “Así, el Art. 32 N° 6 de nuestra Constitución Política reconoce una amplia potestades normativa, autónoma y de ejecución al Presidente de la República (...), lo que se complementa con las potestades normativas especializadas de los órganos administrativos sectoriales. Esto supone una habilitación amplísima en nuestro derecho a la Administración del Estado para participar en la creación del ordenamiento jurídico”. FERRADA BÓRQUEZ, J., 2007, *Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno*. Revista de Derecho, Vol. 20, (2): pp. 69-94, p. 78.

<sup>53</sup> *Ibidem.*, p. 79.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., 2006, *Potestad Sancionadora de la Administración y Ley Penal en Blanco: Caso de las Eléctricas ante el Tribunal Constitucional*. Sentencia Destacadas 2006, pp. 177-210, p. 185. Especialmente relevante las concepciones de relación entre reglamento y ley que expone este autor, citando al profesor Carlos Carmona, presentando las posiciones de parámetro estricto y finalistas, de las que, adelantando un poco la discusión, nuestro ordenamiento ha adoptado la segunda.

La STC rol N° 480 vino a cambiar la concepción de reserva que se tenía en nuestro ordenamiento en relación a la sanción administrativa, dando paso a la posibilidad de que el reglamento (potestad de ejecución de la Administración) pudiese complementar en lo que fuera pertinente a la ley. Para que la posibilidad de complementación fuese válida, el TC estimó necesario que la disposición que permitía ser complementada debía contener un núcleo mínimo. Lo que con ello quería resguardar era un respeto adecuado a los niveles de densidad descriptiva que una norma debía contener.

Respecto a este núcleo mínimo, el contenido específico deberá ser analizado para evaluar la consecución del principio en análisis y de la tipicidad requerida. Bermúdez entrega un catálogo de requisitos que pueden ser de utilidad: (i) la norma que establece una sanción se debe encontrar establecida en una ley; (ii) Las sanciones jurídicas deben ser consecuencia lógica de la comisión de una infracción; (iii) La relación específica entre infracción y sanción debe ser contemplada en la ley, sin que ello signifique que no existan márgenes de decisión, más bien que no se pueden entrelazar infracciones con sanciones de forma antojadiza (relacionado con la seguridad jurídica que debe entregar la norma sancionadora); (iv) Posibilidad de colaboración reglamentaria, siempre que el reglamento no se transforme en un elemento que tergiverse las características de la norma que contiene la sanción y/o la infracción<sup>55</sup>. En el mismo sentido, Cordero Quinzacara también, siguiendo a Santamaría Pastor, considera que se debe respetar ciertos elementos, como la regulación del núcleo esencial por disposición legal, remisión expresa de la ley que pueda ser apreciada de manera concreta y previsibilidad<sup>56</sup>.

Sin perjuicio de que la determinación del núcleo mínimo es algo que presenta ciertas dificultades, es necesario enfatizar un punto que comienza a tener un desarrollo interesante por parte de la doctrina, y es que en áreas de complejidad y tecnicismo altos son necesarias técnicas de regulación que respondan de manera eficaz y eficiente a la protección de los bienes o intereses que afectan a la comunidad. *“Las reglas de comportamiento administrativo sólo pueden entenderse a cabalidad mediante los reglamentos o las resoluciones dictadas al efecto. Y esto en caso alguno es una excepción sistémica sino que constituye, a todas luces, la regla general”*<sup>57</sup>. Es poco eficiente que la ley contemple todos y cada uno de los casos que deben ser regulados. Por lo mismo, la legalidad

---

<sup>55</sup> BERMÚDEZ, J., 1998, Elementos para Definir Las Sanciones Administrativas, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, pp. 323-334, p. 330 y ss.

<sup>56</sup> CORDERO QUINZACARA, E., 2014, Los Principios que Rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (42): pp. 399-439, p. 415.

<sup>57</sup> LETELIER, R., 2012, *ob. cit.*, p. 651.

debe ser así entendida como una regla de distribución de competencias, un principio que marca la línea divisoria entre lo que es materia de ley y materia de reglamento. La consecuencia práctica de ello es que la Administración se transforma en un complemento del legislador, por lo que deberán existir límites legales claros dentro de los que la Administración puede actuar como generador de normas.

### 3. Principio de Tipicidad

Íntimamente ligado al principio anterior se encuentra el principio de tipicidad, que, como mencionábamos, es la concreción de aquél. El principio de tipicidad ha sido entendido como una manifestación del artículo 19 N° 3, inciso 8°. Dicha disposición consagra el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad. “A ello se debe agregar, brevemente, que la tipicidad impone que las sanciones administrativas que se van a imponer vengan predeterminadas expresamente en el Ordenamiento Jurídico”<sup>58</sup>.

Bermúdez considera dos factores al momento de analizar la tipicidad. El primer elemento a considerar es la extensión de la sanción. Por extensión se refiere al mal irrogado, en consecuencia, que la sanción permita la determinación de los límites máximos y mínimos del castigo. Alguna parte de la doctrina ha estimado que la determinación debe estar definida en términos estrictos, que la cuantía se encuentre preestablecida, a lo que se responde que la exigencia de extensión se ve satisfecha con la posibilidad de determinación, lo que sólo requeriría de las pautas de determinación. El segundo elemento sería establecer el contenido de la sanción, lo que en la mayoría de los casos se cumple con la sola mención del castigo particular. Asimismo, incluye en este principio la prohibición de analogía, de forma tal que no pueden extenderse por analogía los supuestos de hecho que configuran la infracción, así como las consecuencias y sanciones accesorias de una sanción a otra<sup>59</sup>.

La STC rol N° 549 también establece que no es necesario que una conducta sea completamente descrita por la ley: “El carácter expreso –claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con la totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus

---

<sup>58</sup> STC rol N° 549, considerando cuarto.

<sup>59</sup> BERMÚDEZ, J., 1998, *ob. cit.*, p. 333.

elementos esenciales.”<sup>60</sup> Así, la importancia radica en la previsibilidad de cometer una determinada infracción.

Lo mismo es reconocido en el derecho comparado: “el TJUE ha exigido la existencia de norma previa y cierta como requisito para la imposición de sanciones administrativas, argumentando que ‘una sanción, aunque no tenga carácter penal, solo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua’. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que puedan emplearse conceptos jurídicos indeterminados, pues lo contrario impediría toda tipificación con aspiraciones de generalidad.”<sup>61</sup>

Lo interesante de este principio es que opera en conjunto con la reserva legal, pues determina el contenido mismo de la norma, el núcleo mínimo mencionado, lo que, a su vez, permite determinar qué elementos normativos pertenecen al ámbito de regulación legal y cuáles no. Esta relación funcional se puede apreciar en el Derecho Penal de forma mucho más patente, puesto que el estándar es más exigente y no admite con tanta laxitud la complementación reglamentaria. El problema de mayor trascendencia en este aspecto es el de los términos o conceptos indeterminados, los que si bien deben ser parte de una regulación administrativa flexible y eficiente, sin embargo, y de ahí la complicación, no definen con el refinamiento necesario los contornos propios de la ley. En otras palabras, permiten remisiones demasiado extensas que pueden desvirtuar una adecuada densidad normativa<sup>62</sup>.

El que la ley contenga conceptos indeterminados es algo que no puede ser obviado por la legislación, pues los debe contener. El uso de esta técnica legislativa impera en las condiciones actuales de nuestra sociedad, de lo contrario, sería imposible una adecuada aproximación por parte de la Administración –o sea cual sea el órgano que impone la sanción- de discernir ciertas características del hecho punible y no permitiría respuestas adecuadas a ciertas conductas. En ello obviamente se sacrifica precisión en pos de la protección de bienes y, sobre todo, los fines que esos bienes desempeñan. Este razonamiento viene influenciado en que, al considerarse que las áreas de regulación administrativa son complejas, las conductas que dañan estas áreas también lo son y

---

<sup>60</sup> STC rol N° 549, considerando cuarto.

<sup>61</sup> BUENO ARMIJO, A., 2012, El (Imperfecto) Sistema de Garantías del Derecho Administrativo Sancionador de la Unión Europea. A Propósito de la Potestad Sancionadora del Banco Central Europeo, Revista de Derecho de la Unión Europea (23): pp. 135-164, p.150.

<sup>62</sup> Refiriéndose a la vulneración de normas reglamentarias: “Se trata de un tipo claramente amplio y genérico que, en la práctica, lo único que hace es entregar a la más amplia discrecionalidad de la Administración la determinación de las conductas punibles, sin reparar que el reglamento no obliga por sí mismo, sino en razón que desarrollan y complementan la ley.” CORDERO QUINZACARA, E., 2014, *ob. cit.*, p. 418.

pueden contar con una serie de particularidades que el legislador difícilmente podrá reconducir en una descripción precisa y delimitada de la conducta socialmente reprochable<sup>63</sup>.

Tanto en la jurisprudencia nacional como extranjera se admite la regulación por medio de conceptos genéricos siempre y cuando no exista vulneración al principio de tipicidad como previsibilidad de sanción por parte del administrado<sup>64</sup>. Sin embargo, mientras que las disposiciones que contienen términos o conceptos indeterminados son aceptables, lo que no parece aceptable es enturbiar la concepción de tipicidad por medio de lógicas jurisprudenciales que parecen extender de forma desmesurada la idea de que se pueden imponer sanciones en base a conceptos indeterminados hasta el desdibujamiento de la necesidad de descripciones básicas del tipo. Una crítica muy acertada al respecto: “los supuestos en los que resulta adecuada una metodología interpretativa que otorgue a los órganos administrativos una flexibilidad o apertura para cumplir con los fines públicos, deben establecerse por el legislador. (...) La Corte Suprema, entonces, al anular la sentencia de la CA de Concepción, efectúa una operación argumentativa conforme a la cual transforma en intransitiva una norma que no puede serlo”<sup>65</sup>.

No es adecuado extenderse más sobre el punto, que tiene innumerables consecuencias, pero considérese que una comprensión del tema debe tomar en cuenta los estándares de motivación de la sentencia, la aplicación del principio de confianza legítima y los alcances de la discrecionalidad técnica. Nos parece que la modulación del principio de tipicidad puede responderse de manera más

---

<sup>63</sup> Desde una perspectiva de la doctrina comparada: “If behavior subject to the law is infrequent, however, standards are likely preferable. Of particular relevance are laws in which behavior varies greatly, so that most relevant scenarios are unlikely ever to occur. Determining the appropriate content of the law for all such contingencies would be expensive, and most of the expense would be wasted. It would be preferable to wait until particular circumstances arise”. KAPLOW, L., 1992, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*. *Duke Law Journal* 42 (3): pp. 559-624.

<sup>64</sup> Citando un fallo del Tribunal Constitucional Español (STC 69/1989), en relación a conceptos jurídicos indeterminados: “siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas”. RODRÍGUEZ PONTÓN, F., 2013, *El Principio de Objetividad en el Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*. *Revista Documentación Administrativa* (289): pp. 211-231, p. 219. *Vid.* LETELIER, R., 2012, *ob. cit.*, en el mismo sentido, citando el fallo STC rol N° 2264.

<sup>65</sup> SOTO DELGADO, P., 2015, *Un Mal Caso para Flexibilizar la Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. *Comentario al Fallo “Empresa de Servicios Sanitarios ESSBIO S.A. con SEREMI de Salud del Biobío” de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2017*. *Revista Chilena de Derecho* 42 (2): pp. 701-714, p.710. Cabe la precisión de que el autor presenta, como antecedente, la diferencia entre normas transitivas e intransitivas. En pocas palabras, las normas intransitivas son normas de habilitación de creación normativa, de parte del legislador a la Administración, lo que generalmente se aprecia en la normativa donde se entregan amplios parámetros de apreciación y ponderación. De ahí que el concepto de legalidad clásica, donde las normas son transitivas, que contienen normas de mayor precisión, se enfrente con un concepto diverso de legalidad, entendido como flexibilidad por la intransitividad normativa.



completa si se tienen en cuenta, pues la forma en que veamos la relación que todos ellos tienen entre sí y con el principio de tipicidad faculta a entregar un esquema más definido.

#### 4. Principio de *Ne bis in ídem*

Principio sin reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento, aunque es un principio ampliamente reconocido: implícitamente en nuestro caso, expreso en otras ocasiones<sup>66</sup>. De todas maneras, el principio es reconocido expresamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14, número 7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. El artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, en similares términos: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Ambas disposiciones tienen plena vigencia en nuestro ordenamiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2 de la CPR.

La Corte Suprema falló recientemente, en un caso de gran interés, toda vez que la decisión que se tomó tendría consecuencias de gran repercusión en el ámbito político y material; es de las sentencias que no sólo generan discusiones jurídicas, sino también reacciones por parte de la ciudadanía. En el caso concreto a que nos referimos, la Corte tuvo que resolver las pretensiones de Pablo Alcalde, quien sostenía que se había vulnerado el principio en comento, debido a que fue sancionado penal y administrativa por una misma conducta. La argumentación de la Corte puede resumirse en que no necesariamente las sanciones administrativas y las penas penales son incompatibles, para ello es necesario identificar el bien jurídico. En cuanto a la sanción y pena impuesta al señor Alcalde se consideró que ambas protegían el mismo bien jurídico<sup>67</sup>. Se produce, consecuentemente, un concurso aparente de leyes que debe ser resuelto por medio del principio de especialidad: “es la ley especial la que lo aprehende de manera más perfecta en todas sus

---

<sup>66</sup> Artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece el “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito”. *Vid.* DE MOOR-VAN VUGT, A., *ob. cit.*, p. 38.

<sup>67</sup> CS rol N° 1398-2015, considerando décimo tercero. En el considerando décimo segundo se arguye que: “si el tipo penal y el tipo administrativo (si se admite esta nomenclatura) protegen bienes jurídicos diversos, no hay infracción al principio non bis in ídem en el evento de imponerse dos sanciones”.

particularidades”<sup>68</sup>. La solución, entonces, y concorde con la doctrina mayoritaria al respecto<sup>69</sup>, es que el castigo penal debe primar por sobre la sanción administrativa.

Si bien la argumentación de la Corte Suprema es admisible, a la vez es bastante simple. El profesor Juan Pablo Mañalich, en un trabajo que pormenorizadamente desarrolla su visión del principio *ne bis in ídem*, nos entrega herramientas para analizar de mejor manera el principio. Lo más atingente a nuestro objetivo en este acápite es la distinción que presenta respecto al principio, el cual no debe entenderse de forma unitaria, sino dual. De esta forma, el principio debería entenderse como prohibición de punición múltiple y prohibición de juzgamiento múltiple; “se trata de una prohibición de *punición múltiple* por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar sustantivo de adjudicación; por otra, de una prohibición de *juzgamiento múltiple* por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar de clausura procesal”<sup>70</sup>.

En el presente trabajo simplemente será presentado un pequeño análisis de la variante de punición múltiple. La prohibición en este caso es de doble valoración: “consiste en la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual *redundancia* legislativa, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción”<sup>71</sup>. Lo que no debe confundirse es la posibilidad de redundancia con la valoración excesiva por parte del legislador de una misma conducta, quien puede determinar de la manera que mejor prefiera los medios por los que impondrá un reproche, el que puede tener más de una vía, sin que ello signifique que se deben aplicar de modo excluyente. Aquí prima una concepción en la cual el principio *ne bis in ídem* es un mandato dirigido al adjudicador, no al legislador. El legislador está constreñido por otros principios, como el de proporcionalidad. No entraremos en más detalle porque hemos ya presentado lo que queríamos rescatar, y es que el principio de *ne bis in ídem* no procede aplicarse por el sólo hecho de que la legislación contemple más de una respuesta punitiva del ordenamiento<sup>72</sup>. Lo fundamental radica en otro punto, en evitar dos castigos idénticos, la doble

---

<sup>68</sup> CS rol N° 1398-2015, considerando décimo séptimo.

<sup>69</sup> “Si una de estas normas es del Código Penal y la otra es una norma administrativa sancionadora, debe prevalecer siempre la norma penal”. REBOLLO, M. et. al., *ob. cit.*, p. 38.

<sup>70</sup> MAÑALICH, J., *ob. cit.*, p. 547.

<sup>71</sup> *Ibidem.*, p. 549.

<sup>72</sup> En un sentido similar: “in the decision to impose a sanction, earlier penalties for the same fact are taken into account, not because the *ne bis in ídem* was violated, but because the total of the sanctions should be proportionate to the offence”. DE MOOR-VAN VUGT, A., *ob. cit.*, p. 38. La autora establece que existen dos remedios para los casos en que se vulnera el *ne bis in ídem*, que, en concordancia con lo expuesto por Mañalich, pueden ser de carácter procesal o sustantivo, la cita es respecto a este tipo último tipo de remedio.

valoración de un hecho en la protección de un mismo bien jurídico. Ahora, la cuestión de la naturaleza de las sanciones penales y administrativas toma relevancia, pues la respuesta que se dé tendrá la solución práctica a la aplicación del principio.

##### 5. Principio de Culpabilidad o Responsabilidad

Al ser la sanción administrativa una forma de imputar responsabilidad, se ha considerado que el factor de imputación, como en la generalidad de los regímenes de responsabilidad, requiere de culpa o dolo. La más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema así lo estima: “la responsabilidad que se persigue en estos autos no es de carácter objetivo, sino que, por el contrario, exige la concurrencia de los elementos característicos de toda clase de responsabilidad y, en particular, (...) en la que el infractor debe haber obrado de manera dolosa o, al menos, culposa”<sup>73</sup>.

El principio de culpabilidad no se encuentra recogido en ningún texto de forma expresa, siendo una derivación de otros principios o valores, como el respeto a la dignidad humana o la prohibición de presumir la responsabilidad penal<sup>74</sup>. Las consecuencias de exigir la concurrencia de culpa o dolo serían: prohibición de responsabilidad objetiva; culpabilidad como estándar de magnitud de pena (concretándose en un mandato de proporcionalidad); responsabilidad es de carácter personal, no se puede imputar responsabilidad por hecho ajeno, y; prohibición de responsabilidad calificada por resultado<sup>75</sup>.

En nuestro entendimiento el principio de culpabilidad o responsabilidad tiene otros contornos en materia de sanciones administrativas, los que debemos tratar de independizar de concepciones más cercanas al derecho penal. Hace ya tiempo que Bermúdez aludía a una cierta diferencia que existe entre culpabilidad y responsabilidad al momento de analizar las sanciones administrativas: “tampoco he incluido en el concepto de sanción la idea de culpabilidad, que es propia de la fase de imputación de la infracción, sino la de responsabilidad, elemento que opera en la fase de la imposición de la sanción, mucho más amplia, que es más consecuente con la posición que permite sancionar a las personas jurídicas”<sup>76</sup>. Sin embargo, para los efectos del presente estudio, tomaremos

---

Nótese que la alusión es meramente referencial, por cuanto debe prevenirse que el análisis del principio tiene un alcance totalmente diferente en el contexto de un ordenamiento supranacional.

<sup>73</sup> CS rol N° 19.058-2017, considerando quinto. “Caso Chilectra”

<sup>74</sup> ARANCIBIA, T., *ob. cit.*, p. 38.

<sup>75</sup> CORDERO QUINZACARA, E., 2014, *ob. cit.*, p. 422.

<sup>76</sup> BERMÚDEZ, J., 1998, *ob. cit.*, p. 326.

ambos conceptos como equivalentes. A mayor abundamiento, la concepción de culpa que se requiera depende de la finalidad de la sanción administrativa que se adopte. La función de la sanción carece de ciertos elementos de reproche que sí pueden ser encontrados en materia penal, fundamentalmente desde la óptica del bien protegido; lo que no quiere decir que no exista reproche, sino que lo determinante no es la retribución y sí lo es la prevención. Por otro lado, la operatividad de la sanción, desde un punto de vista de aplicación eficiente de la misma, requiere una respuesta rápida que no se condice con la necesidad de demostrar la concurrencia de culpa, entendida clásicamente como un grado de conocimiento o representación del hecho como antijurídico. Sostenemos, básicamente, que la culpa en materia administrativa es modulada por la necesidad de una imposición eficiente, con fin preventivo, que requiere de motivación por parte de la Administración y puede ser controlada posteriormente por parte del Poder Judicial.

Los elementos mencionados modulan el estándar de imputación, ya que los fines de prevención y eficiencia obligan a la Administración a la imposición de multas u otras medidas de forma rápida, por lo que se deben evitar elementos sustantivos que impongan una carga probatoria excesiva sobre la Administración, sin perjuicio de ser ella la que carga con esta obligación. La motivación, por su parte, permite determinar la correcta imputación y el respeto al estándar por el que se debe regir, lo que a su vez, permite el control de la misma por parte de los tribunales, pudiendo subsanar los errores en que se haya incurrido. La necesidad de motivación suficiente es importantísima, teniendo en cuenta que la mayoría de las sanciones se estructuran en base a la infracción de deberes, muchas veces contenidos en conceptos indeterminados, permitiendo con ello remisión a normas de carácter infra-legal. En resumen, la prevención y eficiencia requieren de un estándar de imputación que la Administración pueda cumplir de manera expedita, mientras que la debida motivación<sup>77</sup> y control se erigen como una respuesta ex-post a esta laxitud.

La Corte Suprema no adopta un estándar muy diferente. En el fallo que mencionamos anteriormente, el Caso Chilectra, la disputa se centra en torno a si el reclamante cumplió con el deber de mantención que se impone sobre él. Lo interesante es que, en la argumentación de la Corte sigue la siguiente lógica, sin explícitamente mencionarlo: primero, que aconteció un hecho;

---

<sup>77</sup>“Y es que a mayor presencia de conceptos indeterminados corresponderá una exigencia más precisa de motivación de la resolución sancionadora”. Aquí hacemos introducción de otra variable, y es que en muchos casos subyace a la infracción la aplicación de uno o más conceptos indeterminados, a lo que de sumarse el hecho de que el concepto de culpa es también, hasta cierto punto indeterminado. RODRÍGUEZ PONTÓN, F., *ob. cit.*, p. 223.

segundo, imputación del regulador de ese hecho a falta de cuidado por parte del regulado; tercero, que la Administración cumplió con el estándar de prueba requerido; cuarto, que el regulado debe, por tanto, desvirtuar los cargos presentando causales que lo eximan de responsabilidad y, por último, que ante la incapacidad de presentar dichos descargos, se debe sancionar al regulado. Lo que hizo la Corte no fue sino aplicar una concepción de culpa estrictamente relacionada a un estándar normativo de cuidado, donde se compara un hecho que se considera constituyente de infracción con el estándar de cuidado que dicha infracción contiene. Al verificarse que el estándar de cuidado no fue respetado, procede imputar culpa al infractor, independiente de su conocimiento o representación de los hechos o circunstancias.

Y podríamos pensar incluso en ir más allá en cuanto a responsabilidad, teniendo en cuenta que existen incluso áreas del derecho penal que han entregado la preeminencia de elementos subjetivos como criterio de imputación. Se aprecia que las características del mundo moderno requieren de una aproximación diferente al problema. Ejemplo de ello es que en el ámbito penal existen “infracciones de mera conducta, de peligro abstracto o que contemplan acciones cuyo fondo es la imprudencia”, demostrando una “una fuerte relativización de la exigencia de culpabilidad”<sup>78</sup>

#### 6. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es otro de los principios que carecen de una disposición que la consagración a nivel constitucional, sin perjuicio de una amplia construcción doctrinal. Sin embargo, el concepto no es ajeno a la Constitución. Considérese a estos efectos, por ejemplo, el recurso de protección. Esta acción constitucional tiene por objetivo la protección de ciertos derechos fundamentales ante acciones u omisiones, arbitrarias o ilegales, que impidan su goce por parte de los ciudadanos de acuerdo a las garantías constitucionales que este recurso protege. En otras palabras, es un recurso que protege a los ciudadanos frente a intervenciones estatales o privadas de carácter irracional o, en otra forma de concebirlo, frente a las intervenciones que no son proporcionales.

Pasaremos por alto el estudio de este principio, en el segundo capítulo de esta tesis nos detendremos con profundidad en él.

---

<sup>78</sup> LETELIER, R., 2017, *ob. cit.*, p. 667.

### 7. Principio de Irretroactividad

Reconocido en el artículo 19 N° 3, inciso 7° así como en el artículo 52 de la LBPA: “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”.

### 8. Principio de Prescripción

Partiremos el estudio de este principio con una pequeña desviación antes de mencionar el principio. Los actos de la Administración presentan tres características: ejecutividad, ejecutoriedad y ejecutoriedad; que se fundan “en la presunción de legalidad o validez que tendrían estos actos y puede implicar su obligatoriedad jurídica (ejecutividad), su potencialidad de ejecución coactiva (ejecutoriedad) y la disposición de medios de ejecución forzosa directa (ejecución forzosa)”<sup>79</sup>. Las razones de texto vienen de una interpretación armónica de los artículos 3 y 52 de la LBPA.

Mencionamos esto, pues la jurisprudencia anterior consideraba que la penas eran personalísimas, cuestión que, como mencionábamos, deriva de una forma de ver el principio de culpabilidad en clave penal. El cambio viene dado por ver a la sanción administrativa como un acto administrativo, sustrayéndola del ámbito penal, y aplicando las características propias de estos actos. Como decíamos, los actos administrativos cuentan con ejecutoriedad y ejecutividad. La interpretación de la Corte en el Caso Mackenna<sup>80</sup> adoptó esta distinción, estimando que la radicación en el patrimonio del imputado se perfeccionó desde el momento en que se notificó el acto. Sin perjuicio de que se puede suspender la ejecutoriedad del acto. Ello tiene efectos fundamentales en materia de prescripción, desde que la exigibilidad de la multa nace desde que se notifica el acto.

En cuanto al plazo de prescripción, la jurisprudencia, en base a la idea de que un mismo *ius puniendi* es el origen de las potestades sancionatorias penales y administrativas, condujo a las sanciones administrativas al régimen de prescripción penal, según el cual las faltas prescribían en un término

---

<sup>79</sup> FERRADA BÓRQUEZ, J., *ob. cit.*, p. 82.

<sup>80</sup> CS rol N° 1079-2014.

de 6 meses<sup>81</sup>. Esta concepción no cambió sino hasta hace poco, aplicándose las reglas pertinentes a la materia presentes en el Código Civil<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> “que las reglas aplicables a la materia son las reglas determinadas para las faltas penales, en el entendido de que las contravenciones administrativas están enmarcadas propiamente en el campo del derecho público y son equivalentes al hecho punible de menor envergadura que contempla nuestro ordenamiento jurídico”. ARACENA SALGADO, P., 2017, Una Interpretación alternativa a la Justificación de Garantías Penales en el Derecho Administrativo Sancionador para Chile, Revista de Estudios de la Justicia (26): pp. 96-144, p. 118.

<sup>82</sup> Ibid, p. 119: “La Corte Suprema, al escoger esta tesis, ha optado por las reglas del sistema civil (cinco años) antes que las del sistema penal (faltas de seis meses).”

## **II. SEGUNDO CAPÍTULO: Sentencia y Comentario Crítico**

En esta segunda parte, tenemos por objetivo centrarnos en la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de septiembre de 2016, bajo el Rol N° 2922. Presentaremos los elementos de que dan orden a la posición y visión que adaptaremos, para que luego nuestro análisis de la sentencia sea claro con respecto a nuestra argumentación. En este sentido, haremos menciones al rol de los principios dentro del ordenamiento y una breve exposición de cómo se ha entendido el principio de proporcionalidad desde la perspectiva doctrinal y la jurisprudencia. Luego, se expondrá la sentencia y sus pormenores, para pasar posteriormente a un análisis crítico. Por último, se presentará parte de la jurisprudencia de este tribunal en materia de sanciones administrativas.

### **A. Principios del Ordenamiento Constitucional**

Dentro de los modernos sistemas jurídicos, el enorme influjo de las constituciones como norma fundamental y elemento ordenador del sistema ha otorgado gran importancia a la imagen de los principios como elementos integradores y de solución de lagunas y conflictos normativos. En las siguientes páginas esbozaremos algunos de estos aspectos, para luego pasar a su estudio.

En primer lugar, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es transversal el reconocimiento de los principios contenidos en las Constituciones como un marco orientador de la actividad estatal, lo que supera la clásica visión de ellos como la protección de garantías individuales mediante la limitación al poder del Estado. Lo particular de la concepción moderna es que los principios pasan a consagrarse como guías de la actividad jurisdiccional y administrativa<sup>83</sup>. Las posiciones que se enmarcan dentro de esta concepción, que por lo demás no están exentas de críticas<sup>84</sup>, se basan en un extendido modelo de normas propuesto por Dworkin y su diferenciación entre principios y reglas. Al respecto, hacemos presente que la discusión sobre qué son los principios, cuál es su naturaleza y alcance presenta un variado desarrollo<sup>85</sup> y no pretendemos llevar

---

<sup>83</sup> “En este sentido, se ha dicho que tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento normativo (...)”. ALCALDE, E., 2008, Relación entre Valores y Principios Generales de Derecho en la Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales en Chile, Revista Chilena de Derecho 35 (3): pp. 463-484, p. 464.

<sup>84</sup> LETELIER, R., 2011, La Justicia Constitucional en el Pensamiento de Jürgen Habermas. Estudios Constitucionales 9 (2): pp. 377-394.

<sup>85</sup> GUASTINI, R., 2001, Estudios de Teoría Constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 279p. p. 133: El autor reconoce que existe una controversia respecto a los elementos que caracterizan a los



a cabo su exposición pormenorizada. Sin embargo, se presenta a continuación un pequeño resumen de algunos sectores característicos de la doctrina moderna de los principios.

Para comenzar, el modelo de Dworkin presenta una separación entre principios y reglas sustentándose en dos argumentos centrales. El primero, recoge la idea de que las reglas son normas que pueden cumplirse de forma binaria o disyuntiva: se aplican o no se aplican, sin medias tintas. Por el contrario, los principios, como razones o valores, se pueden cumplir de forma escalonada, en cierta medida o en grados de satisfacción. En segundo lugar, bajo el prisma de los conflictos normativos, las antinomias de reglas se deben solucionar por medio de un examen de validez, que significa la resolución de la antinomia por la declaración de invalidez de una de las normas en conflicto. En otras palabras, sólo puede subsistir una regla, pues la solución contraria implica la validez de dos normas antagónicas e iría en contra de la necesaria coherencia del sistema jurídico. Por su parte, los principios poseen una dimensión de peso que permite que el método de solución sea su adecuación, lo que significa que los principios no pueden ser declarados inválidos sino que tan solo adecuarse los unos a los otros<sup>86</sup>.

Bien puede apreciarse que esta posición tiene como fundamento un vínculo necesario entre Derecho y moral. Se fundamenta en que los principios son valores concretizados, por lo que escapan de la concepción clásica de normas en el sentido positivista. “En la perspectiva neoconstitucionalista, las normas de principios determinan una mutación en el patrimonio genético del derecho positivo dado que reanudan las relaciones entre derecho y moral interrumpidas por el positivismo jurídico (...)”<sup>87</sup>. En otras palabras, los principios recogen una dimensión axiológica que se encuentra ausente en las reglas.

En base a este planteamiento se han dado una serie de respuestas sobre la función que desempeñan los principios dentro de un ordenamiento jurídico y, de forma más concreta, cómo es posible hacer operativa la pretensión de que los principios entreguen “(...) una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta”<sup>88</sup>. El problema radica en que los

---

principios, presentando para ello dos posiciones: una, que los caracteriza por su estructura lógica, al ser normas incondicionadas (carentes de supuesto de hecho); la otra, que los distingue por la posición jerárquica que ocupan en el ordenamiento y que le confiere identidad axiológica al mismo.

<sup>86</sup> ALEXY, R., 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (05), pp.139-151.

<sup>87</sup> POZZOLO, S., 2015, Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”. En: FABRA, J.L. y NÚÑEZ, A. (Eds). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 363-405, p. 368.

<sup>88</sup> ALEXY, *op. cit.*, p.139.

principios, dada su naturaleza indeterminada, no entregan una solución clara a un conflicto jurídico de la forma en que lo hacen las reglas, por lo que es necesario un proceso que permita transformar un principio en una norma concreta.

Es en este último nivel, respecto a la conexión que se propugna sobre Derecho y moral, donde han existido críticas bastante acertadas. Particularmente, se apunta a la falta de racionalidad (entendida como la seguridad que entrega la aplicación de normas positivas), y la consecuente preponderancia de los tribunales en la creación del derecho, lo que en último término lleva también a la imposición de una decisión en base a la moral del adjudicador del caso concreto. Se critica también la falta de legitimidad democrática en el proceso de construcción o concreción de esos valores, en los que faltarían etapas de discusión y diálogo entre las distintas entidades que conforman la sociedad<sup>89</sup>. De todas maneras, las críticas antedichas no han sido suficientes para desechar el difundido modelo de separación entre reglas y principios.

Dejando de lado las críticas antedichas, todavía es necesario solucionar el obstáculo que significa hacer operativo un principio. La respuesta a la pregunta se ha dado en varios niveles, pudiendo distinguirse entre una tesis de separación fuerte y otra de separación débil.

La tesis de separación débil o de generalidad presenta la distinción como una de grado, en la que “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo”<sup>90</sup>. En el mismo sentido: “(...) las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. (...) son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto”<sup>91</sup>. Paolo Comanducci se ha mostrado defensor de una tesis de estas características en lo que puede ser llamado positivismo metodológico, arguyendo que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. Para dicho autor, las diferencias entre reglas y principios son relacionales y graduales. Relacional en cuanto las normas son principios o reglas sólo en virtud de que otras normas les den el mismo sentido, por lo que es posible que una misma norma sea principio o regla, dependiendo de ciertas circunstancias. Respecto a la gradualidad,

---

<sup>89</sup> LETELIER, 2011, *op. cit.*, p.380 y ss.

<sup>90</sup> ALEXY, 1988, *op. cit.*, p.140-141.

<sup>91</sup> ALEXY, R., 2009, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (11): pp. 3-14, p.4.

principios y reglas tendrían comunes denominadores, como vaguedad, generalidad o importancia, que sólo se presentarían de forma más clara en los principios<sup>92</sup>.

Otros autores, por el contrario, defienden una tesis de separación fuerte en la que existen diferencias estructurales entre reglas y principios, básicamente, la tesis planteada por Dworkin. Un exponente de esta vertiente es Robert Alexy, quien sostiene que los principios deben entenderse como mandatos de optimización “que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”<sup>93</sup>. Avanzando en esta dirección, propone una teoría de los principios en que no es posible, en el momento anterior al caso concreto, una concepción de los mismos que permita la resolución del caso; lo único posible es establecer elementos que permitan la aplicación racional de los principios mediante: un sistema de condiciones de prioridad, estructuras de ponderación y prioridades *prima facie*<sup>94</sup>. A grandes rasgos, podemos entender que se trata de una “jerarquía axiológica móvil”<sup>95</sup>. Hemos simplificado enormemente la explicación de la teoría que Alexy propone, pues para los objetivos propuestos en nuestra investigación sólo interesa detenerse en la ponderación como método de solución de conflictos y su relación con la proporcionalidad.

En palabras del propio autor, los elementos centrales de su teoría consisten en que: “Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades *fácticas* lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”<sup>96</sup>. He aquí presentes los elementos centrales de la ponderación y del principio de proporcionalidad, como lo ha entendido nuestra judicatura: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

---

<sup>92</sup> COMANDUCCI, P., 1998, Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho. Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 (21): pp. 89-104.

<sup>93</sup> ALEXY, R., 1988, *ob. cit.*, p. 143.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>95</sup> GUASTINI, R., 2007, Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional 2 (8): 631-637.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 147.

Adicionalmente, ante las críticas formuladas por Habermas a esta forma de solución de conflictos, las que se centran en los problemas que surgen de la aplicación de los valores en el Derecho y que se aprecian en la pérdida de fuerza normativa de la ley, los amplios espacios de irracionalidad que puede conllevar la preponderancia de la discrecionalidad y el problema conceptual sobre la corrección de la decisión, Alexy ha desarrollado en mayor detenimiento su planteamiento. Para la superación de estas críticas, se agrega una escala de intensidad de tres niveles: leve, mediano y grave. Esta escala permite determinar la intensidad de la intervención sobre un derecho fundamental, entregando al mismo tiempo un elemento asible de comparación entre diferentes medidas de intervención y derechos fundamentales en juego<sup>97</sup>. Aunque esta solución no entrega respuesta a todos los casos problemáticos, sí pareciera entregar un parámetro para la mayoría<sup>98</sup>.

Volveremos a la proporcionalidad en lo sucesivo, en el análisis concreto de este principio, que adelantamos es el elemento central de la sentencia en análisis. Volviendo a los principios y en cuanto a su importancia, que sus características principales son:

- Desde un punto estructural: Son el axioma en el que se fundamenta el sistema jurídico correspondiente o parte del mismo, en el sentido de norma fundamental.
- Desde un punto de vista conceptual: Es una norma abierta o de textura abierta, en lo que seguimos a Guastini, quien deriva de la apertura de la norma que esta es:
  - Defectible: pues “(...) no establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones”. Definido de manera negativa, las normas que de manera completa contemplan los hechos que permiten su aplicación, sus consecuencias y limitaciones, son normas indefectibles.
  - Genérica: dado que no puede ser aplicada de forma directa, necesitando de una norma que concrete el principio, y por la posibilidad de que esa concretización pueda ser llevada a cabo de formas alternativas<sup>99</sup>.

Aunque es posible reconocer más elementos<sup>100</sup>, nos interesan los dos anteriores porque devienen en un punto central de la posición dominante respecto a los principios, que es la necesidad de argumentación que subyace a la construcción de un principio. En efecto, la teoría postulada por

---

<sup>97</sup> ALEXY, R., 2009, *op.cit.*

<sup>98</sup> DA SILVA, V., 2011, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2): pp. 273-301.

<sup>99</sup> GUASTINI, 2007, *op. cit.*, pp. 634-635.

<sup>100</sup> ALCALDE, *op. cit.*, p. 468.

Alexy, teoría adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia en estudio y que por lo mismo será la que analizaremos en detalle, requiere necesariamente de una teoría de la argumentación, cosa que ha sido hecha patente por los comentaristas<sup>101</sup> y por el mismo Alexy<sup>102</sup>.

La importancia de la argumentación deriva de que la indeterminación inherente a los principios juega en contra de la legitimación de las decisiones que sean adoptadas en base a ellos. En otras palabras, el carácter abstracto de un principio, que es visto como inseguro o carente de contenido normativo, se debe suplir mediante una construcción razonada y razonable del mismo para el caso concreto en que deba aplicarse. De esta forma, completar la indeterminación de los principios debe concretarse por medio de las razones, que a su vez posibilitan el control de las mismas<sup>103</sup>, de lo contrario, la discrecionalidad no es más que arbitrariedad.

Sobre la justificación de las decisiones, el modelo más simple y que permite una distinción adecuada es el que distingue entre justificación interna y justificación externa. La justificación interna dice relación con la entrega de razones y que de ellas se siga la lógica o razonabilidad las consecuencias, o sea, de la o las decisiones adoptadas. Por su parte, la corrección o razonabilidad de las premisas argumentativas, de las razones que justifican una decisión, se analizan en el plano de la justificación externa. El plano interno se enfoca en la corrección formal o en el método argumentativo, mientras que el plano externo se enfoca en la corrección material<sup>104</sup>.

El modelo anterior entrega cierta guía para llevar a cabo el presente análisis, por lo que será, a grandes rasgos, un apoyo metodológico que será utilizado para una mejor comprensión de la

---

<sup>101</sup> “Entonces, a partir de presuntas diferencias estructurales con las reglas, la aplicación de los principios saca a la luz cuestiones relativas a la fundamentación racional y a la legitimidad política de las decisiones judiciales interpretativas.” POZZOLO, *op. cit.*, p. 372. *Vid.* También, ATIENZA, M., 2007, Constitución y Argumentación. [en línea] Anuario de Filosofía del Derecho, [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=F\\_2007&fasc](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_2007&fasc) [consulta: 9 de diciembre de 2017].

<sup>102</sup> “Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada.” ALEXY, R., 1988, *ob. cit.*, p. 149.

<sup>103</sup> En el caso de la legislación chilena este control será extra-judicial, en el entendido que la argumentación de principios constitucionales es resorte del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema (por la vía de las acciones constitucionales que está llamada a conocer). Por lo mismo, los controles serán aquellos que puedan darse en la discusión política o técnico-jurídica del foro.

<sup>104</sup> WRÓBLEWSKI, J., 1985, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. España, Editorial Civitas, 114p., pp. 57 y ss. En el mismo sentido, *vid.* HUERTA, C., 2003, Conflictos Normativos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 215p. (Serie Doctrina Jurídica Núm. 142), pp. 182 y ss.

Sentencia y de la posición que es tomada en este trabajo acerca de las premisas, su corrección y de la decisión.

En síntesis, la comprensión de los principios es útil porque permite entender los fundamentos de la proporcionalidad, que consideramos el eje de la sentencia del TC, pero además es importante porque abre espacio a una comprensión distinta del Derecho Administrativo Sancionador en nuestro país, una en la cual comience a tomar su propia fisonomía. A nuestro modo de ver, la construcción por principios que ha edificado la doctrina y la jurisprudencia no necesita anclarse en la idea de un mismo *ius puniendi*. Los principios que fundan el DAS son de rango constitucional y, aun cuando han estado clásicamente ligados a la práctica de la sanción penal, nada impide que los mismos principios (o incluso otros, dependiendo de la conveniencia) puedan ser incluidos con una fisonomía propia o contenido independiente. Si la indeterminación es un rasgo esencial de los principios, nada impide, siempre que existan las correctas razones, que los principios tengan no sólo matices, sino verdaderos elementos distintivos respecto al derecho sancionatorio administrativo. La respuesta debiese ser que no existen impedimentos; que es posible la autonomía<sup>105</sup>.

## **B. Principio de Proporcionalidad y el Modelo de Ponderación de Derechos Fundamentales**

Como ya mencionábamos, la ponderación es un mecanismo de solución de controversia (o antinomias) ante principios constitucionales, por lo menos en la forma presentada por la doctrina<sup>106</sup>, que es la misma que el TC considera en su análisis<sup>107</sup>. Debemos mencionar, sin embargo, que la concepción de derechos fundamentales en que se basa esta teoría no es unánimemente aceptada por la doctrina, existiendo posiciones que defienden que los derechos fundamentales son normas con contenido limitado y claramente definido. Si se considera que presentan estas características, es posible hablar de un “contenido esencial” de los derechos fundamentales<sup>108</sup>. Consecuentemente,

---

<sup>105</sup> “Ello porque para que el legislador regule una materia o situación no sólo no depende de la naturaleza de las cosas sino que no es extraño que lo haga con prescindencia de ese dato o incluso en abierta contravención con él. Así por ejemplo, el caso de las naves o aeronaves las cuales jurídicamente son bienes muebles, pero en virtud de una decisión legislativa se las regula a semejanza de los inmuebles (...)”. CAMACHO, G., 2007, La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora, Revista de Derecho Público (69): pp. 9-23.. p. 17:

<sup>106</sup> PRIETO, L., 2010, El juicio de ponderación constitucional. En: CARBONELL, M., El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: pp. 103-151., p. 121.

<sup>107</sup> Ver desde los considerandos vigesimosegundo hasta vigesimocuarto, inclusive, de la Sentencia.

<sup>108</sup> Las posiciones se presentan como contrapuestas para fines expositivos, pero lo cierto es que los derechos fundamentales cumplen ambas, por un lado son derechos subjetivos que contienen elementos esenciales que no se pueden ver modificados, pero, al mismo tiempo, son principios que orientan el ordenamiento jurídico.

se presentarían no como mandatos de optimización, no existirían escalas de satisfacción y habría que respetar siempre su contenido mínimo. De todas maneras, esta concepción también propugna la ponderación como método de solución, sólo que dejando de lado los exámenes de carácter consecuencialistas o de maximización de beneficios<sup>109</sup>. No nos detendremos mayormente en esta posición, pues el TC no la adopta de forma expresa, al tiempo que sí menciona a Alexy, siendo esta teoría la que expresamente guía el discurrir del TC.

Sobre el principio de proporcionalidad, antes de presentar sus rasgos principales, valga una pequeña mención del valor e importancia que tiene la interpretación en la comprensión de este principio. La interpretación debe entenderse como un elemento central de la etapa previa a la ponderación, toda vez que solo a través del ejercicio interpretativo se identifican las normas que están en conflicto. O sea, no procede la ponderación sin antes interpretar lo ponderado. La identificación de normas por medio de la interpretación, como paso previo a la solución del conflicto, puede prevenir un conflicto al interpretarse dos normas de forma consistente o, por el contrario, producir un conflicto normativo por la inconsistencia interpretativa entre dos normas. En consecuencia, el conflicto normativo será siempre el resultado de una particular interpretación y, a su vez, el método de solución del mismo deberá apelar a algo más que la interpretación<sup>110</sup>.

La ponderación o proporcionalidad viene a ser una de las técnicas que se han propuesto para la solución de conflictos entre principios, aunque no la única<sup>111</sup>, y procede una vez que se han realizado las operaciones de interpretación e identificación del contenido normativo del conflicto. Sin embargo, es también (algunos creen que es su característica esencial): “un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de los derechos”<sup>112</sup>. Así,

---

<sup>109</sup> COVARRUBIAS, I., 2014, ¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad?. Estudios Constitucionales 12 (1): pp. 163-237. El autor presenta una amplia exposición de la teoría del “contenido esencial” de los derechos fundamentales y las diferencias en la ponderación de derechos en los sistemas que han adoptado este método.

<sup>110</sup> “De un lado, cuando un conflicto se presenta, la interpretación está ya consumada. De otro lado, la solución de un conflicto consiste en eliminar o descartar una de las dos normas conflictivas, y esto no es un acto de interpretación, sino de producción jurídica (o si se quiere, de ‘legislación negativa’). GUASTINI, *op cit.*, 2007, p. 634:

<sup>111</sup> MORESO, J., 2010, Conflictos entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos. ARBOR 186 (745): 821-832. El autor no cree satisfactorio el alto particularismo de la solución ponderativa, por lo que presenta un esquema de subsunción “modificado” para permitir la solución de conflictos entre normas constitucionales.

<sup>112</sup> ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J., y ZÚÑIGA, F., 2012, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales 10 (1): pp. 65-116, p. 86

la proporcionalidad cumpliría más de una función específica y en ningún caso incompatible; de todas formas, interesa acá el test de proporcionalidad, por lo que pasaremos a su exposición.

### 1. Test de Proporcionalidad

La proporcionalidad se estructura a partir de un examen tripartito, cada uno de los cuales se denomina: juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras son operativas en el campo de las posibilidades materiales o fácticas, el último en el de las jurídicas.

- Juicio de adecuación: La adecuación, también llamada idoneidad, es entendida por Alexy como la consecución de un fin sin desmejorar un posición de igual valor, de forma tal que: “excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven”<sup>113</sup>. La idoneidad se encuentra relacionada a los fines que la sociedad pretende proteger, por lo que el juicio tendrá que verificar que el fin que justifica una intervención es socialmente valioso y legítimo, lo que lógicamente requiere de una identificación de lo que el legislador constitucional considera valioso<sup>114</sup>.
- Juicio de necesidad: Alexy lo postula como la elección de la intervención menos gravosa de entre las posibles, que se opte de entre todas las medidas aquella intervención que sacrifique en menor medida otros principios o derechos: “Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven  $P_a$  de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en  $P_b$ ”<sup>115</sup>. Otros autores, en la misma línea, refieren a la determinación de los costos y beneficios que una medida concreta puede causar para determinar la eficiencia económica de una medida, pues eventualmente impiden la elección de una medida menos gravosa<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> “el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra”. ALEXY, R., 2009, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>114</sup> “El fin constitucionalmente legítimo puede *prima facie* desprenderse de las disposiciones constitucionales que otorgan competencia al principio de libre configuración legislativa o, en el caso de las disposiciones legislativas de competencia, a las normas que confieren a la administración pública facultades de discrecionalidad administrativa.” CÁRDENAS, J., 2014, Noción, Justificación y Críticas al Principio de Proporcionalidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 47 (139): pp. 65-100, p. 73-74.

<sup>115</sup> ALEXY, R., 2009, *op. cit.*, p. 8.

<sup>116</sup> “Es contraria al subprincipio de necesidad, la intervención o afectación de los derechos fundamentales que opta por una alternativa que lastime a más derechos fundamentales y/o que resulte no sólo ineficiente –



- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Se divide en tres pasos.
  - Primero, determinar el grado de afectación de una medida por sobre un principio. Los grados de afectación pueden ser leves, medios o graves, dependiendo de la magnitud de la intervención y de la importancia de lo tutelado.<sup>117</sup>
  - Analizar con qué grado de satisfacción se cumple un principio antagónico.
  - El último paso, comparar los grados de afectación y satisfacción de los principios en juego, y optar por priorizar la solución que entregue un mayor beneficio total.

Es un juicio práctico o concreto, aunque también deben estudiarse aspectos normativos, logrando una especie de orden o jerarquía *prima facie*<sup>118</sup> de los principios, y variables empíricas que determinen la intensidad de la intervención (“eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida”, entre otros, como racionalidad o conocimientos científicos)<sup>119</sup>. En síntesis, “Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público”<sup>120</sup>.

Sobre los detalles de la proporcionalidad, nos abocaremos a su comprensión en dos de las áreas relevantes a efectos del presente estudio, esto es, a su aplicación en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

## 2. Principio de Proporcionalidad bajo Consideraciones de Derecho Penal

Respecto al Derecho Penal, el centro de este apartado será un lúcido ensayo de Gloria Lopera Mesa<sup>121</sup>. Para comenzar a entender la posición de la autora, el siguiente párrafo ilustra por qué considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional: “(...) la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de constitucionalidad de las leyes obedece al hecho de que la propia Constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues contiene preceptos susceptibles de entrar en colisión ya sea en

---

económicamente cara– sino además ineficaz para garantizar y obtener el mejor resultado.” CARDENAS, J., *op. cit.*, p. 74-75

<sup>117</sup> ALEXY, R., 2009, *op. cit.*, p. 9.

<sup>118</sup> “Las prioridades *prima facie* establecen cargas de argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva.” ALEXY, R., 1988, *ob. cit.*, p. 148.

<sup>119</sup> CARDENAS, *op. cit.*, p. 76. En las siguientes páginas el autor desarrolla un modelo extenso de la forma en que se lleva a cabo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>120</sup> ARNOLD, R., *et. al.*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>121</sup> LOPERA, G., 2008, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: CARBONELL, M. (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 269-306.

abstracto o con ocasión de un caso concreto”<sup>122</sup>. Otra razón que entrega, como la mayoría de los autores, es la indeterminación de los principios o derechos fundamentales.

La autora identifica dos elementos centrales en las normas penales: la norma de conducta y la norma de sanción. Aplica tal distinción para analizar cada uno de los juicios que componen al principio en estudio.

**Idoneidad:** La idoneidad de la norma de conducta es un juicio acotado a “verificar que el pronóstico de peligrosidad que efectúa el legislador al momento de tipificar la conducta se encuentra respaldada en reglas de experiencia y conocimiento científico y, a lo sumo, a utilizar la técnica de las sentencias interpretativas para declarar la idoneidad de la norma”<sup>123</sup>. En cuanto a la norma de sanción, la adecuación sólo se limita a que el control de constitucional verifique aspectos de prevención generales.

**Necesidad:** En concordancia con el principio de fragmentariedad, la norma de conducta supera el juicio de necesidad en aquellos casos en que las conductas tipificadas sean de una relevancia social de tal magnitud que justifiquen la intervención del Derecho Penal. La relevancia social se establece por medio de la importancia del bien jurídico y la intensidad en la que se ve afectado (merecimiento de la pena) y, además, por la frecuencia de afectación del bien jurídico (necesidad de la pena). La norma de sanción, en el prisma de su necesidad, debe tener en cuenta tanto los medios extra-penales como los medios penales disponibles. Por el enfoque de la presente investigación, nos detendremos con cierto detalle en los medios extra-penales. Si bien es cierto que los medios extra-penales incorporan medidas sancionatorias como no sancionatorias, dejaremos de lado estas últimas, al concordar con la autora que su naturaleza impide una comparación efectiva<sup>124</sup>. Por la misma razón, las alternativas que permiten realizar una comparación correcta son las que incorporan un reproche ético, pues su homogeneidad en este punto es capaz de demostrar las diferencias y similitudes en otros aspectos. En consecuencia, las normas penales deben ser, en general, contrastadas con sanciones de carácter civil o administrativo, ya sea dentro del ordenamiento o incluso con el derecho comparado o medidas *lege ferenda*<sup>125</sup>. Sobre la cuestión de la mayor efectividad que tendrían las sanciones administrativas por sobre las penales: “Ello obedece

---

<sup>122</sup> *Ibidem.*, p.271.

<sup>123</sup> *Ibidem.*, p.275.

<sup>124</sup> (...) su heterogeneidad, por otro lado, dificulta en extremo su comparación con la medida legislativa enjuiciada desde la perspectiva de su igual idoneidad y menor lesividad”. *Ibidem.*, p.280.

<sup>125</sup> *Ibidem.*, p.281.

a que en el caso de las sanciones civiles o administrativas su menor drasticidad se ve compensada por una mayor certeza de su imposición, derivada de la mayor flexibilidad en la configuración del injusto, las estructuras de imputación y las garantías procesales que caracteriza a estos sectores del ordenamiento en relación con la rigidez propia del derecho penal<sup>126</sup>.

Sobre la proporcionalidad en sentido estricto sigue a Alexy, identificando que la noción de peso asignado a cada principio debe responder al grado de afectación y satisfacción, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Sobre el desarrollo de estos elementos nos remitimos a la exposición que presenta la autora en su artículo.

### 3. Principio de Proporcionalidad desde consideraciones del Derecho Administrativo

La proporcionalidad desde el Derecho Administrativo Sancionador no es un tema que haya sido tratado con mucha profusión por parte de la doctrina nacional, sin embargo, un reciente estudio ha tratado el tema y seguiremos las pautas esbozadas en el mismo<sup>127</sup>. Sólo nos referimos al mismo de forma parcial y en cuanto es útil para el presente estudio.

El autor nos entrega una visión comprensiva del principio de proporcionalidad, desde su formulación más amplia, fuera de los ámbitos normativos, para adentrarse al estudio del principio por parte del Derecho, primera desde una perspectiva amplia, pasando por el Derecho Constitucional, Administrativo y Penal, para finalmente centrarse en el Administrativo Sancionador. El presente trabajo sólo hará referencia a esta última parte. Sin embargo, huelga decir que para el autor la proporcionalidad “es uno de los principales resguardos que se yerguen para la defensa de los sancionados”<sup>128</sup>, lo que da a entender la función que la proporcionalidad debe jugar para este autor.

En un primer momento, el mentado autor distingue entre proporcionalidad “legislativa” y “en concreto”, para así clasificar la llamada proporcionalidad legislativa en: “en la ley” y “en la aplicación

---

<sup>126</sup> La autora considera que la flexibilidad de las opciones extra-penales es deseable, pero no esconde los efectos que ello conlleva. “la mayor flexibilidad de las garantías que acompañan las sanciones extra-penales puede representar una ventaja frente a las penales en términos de idoneidad, supone una desventaja cuando ambas se comparan desde la perspectiva de su menor lesividad, dado que la reducción de garantías representa un coste desde el punto de vista iusfundamental. Un coste que, dentro de ciertos límites, es necesario asumir si se pretende buscar alternativas a la sanción penal que garanticen una razonable tutela de los bienes jurídicos y hagan efectivo el postulado de *ultima ratio*”. *Ibidem.*, pp.281-282.

<sup>127</sup> ENTEICHE, N., 2017, Las Sanciones Administrativas: El Problema de la Proporcionalidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 160p.

<sup>128</sup> *Ibidem.*, p 51.

de la ley”. Lo anterior: “(...) consiste en que las leyes, que contengan una sanción penal, prevean lo siguiente: la relación entre la conducta y la pena prevista, en vista del bien jurídico que protegido; la existencia de márgenes o rangos para la aplicación de las penas; y la presencia de criterios objetivos que auxilien a los intérpretes en la determinación de la sanción definitiva”<sup>129</sup>.

Sobre un esquema conceptual ya conocido, el autor reconoce la aplicación de principios constitucionales del Derecho Penal al DAS y, en general, podemos decir que se encuadra dentro de la teoría tradicional de la sanción administrativa (como una manifestación del *ius puniendi*). Nos parece importante destacar la descripción actual de los modelos sancionatorios administrativos. La descripción de las conductas no se encuentra en un catálogo prefijado o taxativo, se encuentra abierto a una serie de determinaciones por la autoridad administrativa, además, obviamente, de las conductas que se encuentran en la ley. Por el contrario, las sanciones sí se encuentran íntegramente contempladas en la ley. Se reconocen tres modelos para la determinación de la sanción de multa, según como entiendan o integren la gravedad de la conducta: modelo de escalas de gravedad, modelo de apreciación de gravedad y modelo de ausencia de gravedad<sup>130</sup>. Los modelos difieren según se entreguen mayor o menor cantidad de parámetros para calificar la gravedad y, consecuentemente, van del más restrictivo al más libre, sacrifican en mayor o menor medida la seguridad jurídica.

Se presentan las distinciones anteriores por ser un elemento central en la exposición del autor y el más relevante a efectos de este estudio. En este sentido: “En concreto, nuestra propuesta consiste en lo siguiente: las leyes especiales deben respetar la **(a)** *proporcionalidad legislativa en la ley sancionadora administrativa*, lo que comprende **(i)** el imperativo de describir las infracciones y su sanción en las normas especiales; y **(ii)** la necesidad de sancionar, con mayor rigor, aquellas contravenciones que transgredan de mayor forma al bien perseguido por la ley específica. Además la ley sancionadora administrativa tendrá que someterse **(b)** a la *proporcionalidad legislativa para la aplicación de la ley sancionadora administrativa*, consistente en que el órgano sancionador y el juez, **(i)** deben estar sometidos a un margen legalmente preestablecido, dentro del cual se les obligue a fijar la cuantía definitiva de la multa; y **(ii)** en que han de poder atender a las condiciones

---

<sup>129</sup> *Ibidem.*, p.52.

<sup>130</sup> *Ibidem.*, p.71 y ss. La terminología de los modelos es nuestra, el autor no la utiliza en ningún momento, pero nos parece que es funcionalmente equivalente y no presenta un cambio sustancial a lo planteado por Enteiche.

particulares del caso de que está conociendo, al contar con parámetros objetivos, secuela de lo cual podrán fijar el específico castigo que le corresponderá al infractor”<sup>131</sup>.

Respecto a la proporcionalidad legislativa en la ley: “(...) que la cuantía de las multas deba correlacionarse con la conducta infraccional y la intensidad con la que éstas violan el bien jurídico protegido”<sup>132</sup>. En otras palabras, que la legislación opte por establecer la proporcionalidad en infracciones gravísimas, graves y leves. Ahora bien, lo anterior no obsta a que: “(...) el órgano sancionador puede elegir la precisa cuantía de la multa que aplicará al infractor, para lo cual goza de discrecionalidad, pero no es menos cierto que la ley es la primera fuente que debe conducirlo a la aplicación de la decisión idónea”<sup>133</sup>. Entonces, dos elementos guían al legislador en la forma en que se debe aplicar la proporcionalidad. Primero, establecer explícitos límites dentro del rango de la sanción, evitando las multas automáticas y las ilimitadas, pues “(...) al desaparecer el rango de elección del órgano sancionador, no se pudieren ponderar los hechos en la individualización de la multa, por lo que esta, aunque fuere legal, sería siempre arbitraria”<sup>134</sup>. En este sentido: “Debemos prevenir que las normas que solo establecen un límite máximo son muy amplias, porque aun cuando fijan un tope, no circunscriben debidamente rango alguno, lo que las aproxima a las *multas ilimitadas*”<sup>135</sup>. El segundo sería la existencia de criterios accesorios de gravedad, que en general tienen que ver con las características singulares del infractor y las circunstancias en que se desplegaron los hechos sancionados.

Si bien es necesario destacar el trabajo y la dirección que toma el trabajo del profesor Enteiche, algunas de sus posturas nos parecen erradas y nos parecen un poco regresivas, en especial porque se da una importancia desmedida o las garantías del infractor por sobre los fines de la sanción y por tomar como modelo idealizado las regulaciones modernas sobre sanciones administrativas. Estas son valorables y un avance respecto a esquemas sancionatorios anteriores, pero en ningún caso son en sí mismas un valor. En este sentido, nos parece que las regulaciones son óptimas sólo en la medida que respondan a las características estructurales y funcionales del área que regulan, por lo que es difícil proponer modelos de características abstractas para la generalidad de las áreas del

---

<sup>131</sup> *Ibidem.*, p.82-83.

<sup>132</sup> *Ibidem.*, p.85.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p.90.

<sup>134</sup> *Ibidem.*, p.91.

<sup>135</sup> *Ibidem.*, p.93. Esta última aseveración no parece sustentable y no es compartida por el autor de esta tesis. Establecer márgenes es una obligación del legislador en el diseño normativo de las sanciones, pero que se proscriba la posibilidad de adecuar una sanción por medio de un porcentaje nos parece exagerado.

Derecho Administrativo Sancionador y, más bien, debería avanzarse en la discusión de los diferentes modelos, con sus ventajas y desventajas.

### **C. Resumen de la Sentencia.**

El siguiente es un resumen de los elementos que para los fines de este trabajo tienen mayor relevancia. De lado fueron dejadas las prevenciones y la disidencia, las que de todas maneras serán tomados en consideración en el análisis crítico posterior.

En lo pertinente, la Sentencia comienza estableciendo el conflicto constitucional, que se identifica en la vulneración de los numerales 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución y, en concreto, que ello ocurre por no haberse respetado el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Los fundamentos de la decisión comienzan con una explicación de los principios a analizar. En primer lugar, el principio de igualdad. Este se define en la Sentencia como la aplicación de la ley en cada caso conforme a las circunstancias propias del caso, lo que implica reconocer que no existe igualdad absoluta sino más bien igualdad como: *“la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición”*, y que, por lo mismo: *“la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”* (considerando décimo cuarto). Aquí se introduce el primer criterio que modula el principio de igualdad, la razonabilidad.

El criterio que lo complementa es objetividad en la diferenciación, o sea, que se sustente en presupuestos razonables (cuestión que se engarza con la proporcionalidad). La forma práctica en que se concreta la objetividad es la: *“lógica ponderación de todas la diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción”* (considerando décimo quinto).

Luego, estima el Tribunal que sin estas consideraciones de objetividad y razonabilidad no sería posible un debido proceso, porque de la historia de la disposición se desprende un mandato general al legislador para establecer las garantías que comprenden un justo y racional procedimiento. Se entiende el salto cuando en los siguientes considerandos el Tribunal se avoca al desarrollo del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es visto en la sentencia como: *“esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada”* (considerando décimo noveno) y una materialización del

principio de igualdad y de un justo y racional procedimiento que contemplan los números 2º y 3º del artículo 19º CPR, pero que no tiene un reconocimiento expreso en la norma. Es por ello que su fundamento y desarrollo provienen de la doctrina y jurisprudencia, siendo reconocido implícitamente por los siguientes conceptos: Estado de Derecho (artículos 6º y 7º CPR), prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19, numeral 2º), justo y racional procedimiento (artículo 19, numeral 3º), entre otros (artículo 19, numerales 18º y 20º; artículo 65, numeral 1º y, artículos 39 y 44).

El principio de proporcionalidad tiene una doble fase: en primer lugar, materia de ley en la configuración abstracta de delitos, infracciones y sus penas o sanciones; luego, como criterio de aplicación de la sanción en específico. En otras palabras, modula la sanción tanto en abstracto como en concreto, entregando parámetros al legislador y al juez para su correcta aplicación.

Llevando este principio a una mayor especificidad se pueden apreciar 3 subprincipios fuertemente asentados:

- Idoneidad o adecuación: *“la medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido”* (considerando vigesimosegundo) o como *“la intervención de un derecho fundamental, para la satisfacción de otro principio”* (considerando vigesimocuarto). En nuestra visión es el examen del fin o fines últimos que persigue el constituyente y que dan coherencia a los principios que se encuentran en conflicto. Por consiguiente, es un examen donde priman conceptos axiológicos inherentes a la estructura o diseño constitucional por sobre los principios en sí.
- Necesidad: *“la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y que sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos”* (considerando vigesimosegundo). Es en este momento donde se concretan los principios en juego, analizando la capacidad abstracta de cada uno de afectar las circunstancias que motivan el conflicto constitucional.
- Proporcionalidad en sentido estricto: *“exige que se ponderen los intereses en juego”* (considerando vigesimosegundo) o, en otras palabras, el análisis comparativo de los derechos y situaciones concretas que se ven afectadas.

Estos elementos o subprincipios, que configuran la proporcionalidad como principio rector, son un límite al legislador y al juez, pues, como se puede desprender de la explicación precedente, los dos primeros actúan a nivel legislativo como rectores de la tipificación y su contenido sancionador, mientras que la proporcionalidad estricta sólo puede efectuarse por el operador del sistema que tiene conocimiento de las circunstancias particulares del caso concreto.

El considerando vigesimoquinto establece de manera precisa el sentido del primer estadio de aplicación del principio de proporcionalidad: *“la predeterminación normativa afecta tanto a la tipificación de las infracciones como a la correlación necesaria que debe existir entre los ilícitos y las sanciones”* (vigesimoquinto). El énfasis que hace el Tribunal respecto a de la proporcionalidad es su control sobre la discrecionalidad del juez o sancionador, al deber el legislador establecer los márgenes específicos sobre los cuales se puede determinar una sanción, para lo que también es fundamental que entregue las circunstancias que se deberán tener en vista para la determinación de la sanción. En este sentido, no basta con fijar los límites formales, sino que también los límites sustantivos que fundamentan una elección particular dentro de los márgenes de la sanción. En palabras propias, el disvalor de un hecho no sólo se encuentra en la comisión de la conducta tipificada, sino que en las circunstancias particulares que lo rodean y que pueden acrecentar o disminuir el *quantum* de la sanción.

A continuación el TC entrega una lista de normas que cumplen con todo lo anteriormente expuesto para luego pasar a un elemento esencial del análisis efectuado en la Sentencia. La motivación de la decisión sancionatoria es un requisito que para su satisfacción debe cumplir con: *“justificar, con razones atendibles, cuáles son los elementos que concurren a integrar la determinación final. Esto quiere decir que el arbitrio de la administración debe ser despejado sensatamente”*, y asimismo: *“no solo debe motivarse la decisión misma de sancionar, sino que también debe motivarse la justificación del quantum, monto o entidad de la sanción”* (considerando vigesimonoveno).

Nos parece, por último, importante destacar la cita hecha a Enrique Navarro, que resume la esencia del problema que el principio desarrollado en estos párrafos pretende solucionar: *“la proporcionalidad para establecer una regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuya consecuencia respecto del interés general son menores”* (considerando vigesimonoveno).



El siguiente capítulo que nos presenta la sentencia es una exposición de los criterios que ha sostenido el Tribunal en casos semejantes, que es sobre todo un soporte jurisprudencial al desarrollo que ya hemos sintetizado. Sin embargo, es importante mencionar los siguientes puntos clave que se identifican y no han sido desarrollados anteriormente:

- Vínculo Racional entre Deber y Sanción: *“Las sanciones aplicables en ejercicio de la potestad punitiva del Estado deben considerar la incidencia de la contravención en la consecución de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico”* (considerando trigésimo segundo).
- Coherencia Temporal: en nuestra visión de las cosas tiende a ser un desarrollo del incipiente principio de confianza legítima y una concreción de seguridad jurídica. Se estructura en los siguientes términos: *“La proporcionalidad exige un cierto grado de fijeza en el tiempo de la relación entre incumplimiento y sanción, sin perjuicio de la facultad soberana del Estado de revisar y, en su caso, modificar el régimen punitivo de determinadas obligaciones de acuerdo a la necesidades impuestas por el interés público”* (considerando trigésimo segundo). Como se puede apreciar, existe un rango relativo de aplicación, en cuanto se reconoce que también es factible modificar una relación asentada en el tiempo, si con ello se resguarda el interés público, pero que mientras ese régimen se mantenga vigente se debe lograr una adecuada protección de los derechos y garantías que reconoce nuestra Constitución por medio de una aplicación coherente de las leyes que podrían eventualmente afectar su ejercicio.
- Predictibilidad: la concreción obvia de lo anterior es que las sanciones deben ser en cierta medida predecibles, ya que de lo contrario es imposible saber de manera anticipada cuales son los deberes u obligaciones que regulan el comportamiento de un individuo dentro del ordenamiento.

Los siguientes y finales capítulos de la sentencia son los de mayor relevancia para efectos de nuestro análisis, toda vez que son ellos los que contienen la argumentación esencial sobre la cual se decide el caso en comento, aunque ya podemos adelantar que: *“El problema de constitucionalidad observado nace de la ausencia de parámetros en la ley que permitan fundar la decisión adoptada, al margen de lo que pudiese sostenerse acerca de la conveniencia de dicha sanción”* (considerando trigésimo segundo).

El considerando trigésimo séptimo es quizá es más importante de los contenidos en la sentencia ya que resume en pocas líneas el conflicto y la decisión del Tribunal: *“Que fluye de lo razonado que la*

*cuestión constitucional propuesta en el requerimiento se sustenta en establecer si efectivamente se aplicó como consecuencia del precepto que se cuestiona una sanción excesiva, atendidas las circunstancias concretas, pero no solo aquello -en lo que no habría diferencia alguna con un recurso jurisdiccional- sino, además y esencialmente, si tal exceso, abuso o desproporción, no emana únicamente de la mera aplicación de la ley, antes bien, **a fortiori**, se origina ya desde la formulación o enunciación misma de la norma legal, la que no cumple con los parámetros o estándares constitucionales, según se comprueba en la práctica”.*

El Tribunal estima que la disposición que se considera inaplicable por el recurrente no es necesariamente contraria a la Constitución y que permite a la entidad reguladora sectorial imponer “sanciones paradigmáticas”, así cumpliendo un fin de prevención general en torno a la normativa del ramo y el “orden público económico-financiero y del mercado de valores” (considerando trigésimo noveno).

Por su parte, la aplicación de multas disuasivas no se considera *per se* restrictiva de derechos fundamentales, siempre que sea estrictamente necesaria. El problema que se reconoce en la aplicación del artículo 29 por parte de la SVS en la sanción contra Roberto Guzmán es que, existiendo dos posibilidades de sanción -el artículo 28 que contempla la existencia de numerosas operaciones y el artículo 29, que se estructura en base a la existencia de una “operación”-, se haya optado por la que menos se corresponde con los hechos del caso, en los que el Tribunal reconoce la existencia de una multitud de operaciones.

En un último análisis, el tribunal descarta someramente la falta de proporcionalidad en sentido estricto: “*resulta a todas luces evidente que la norma cuestionada no fija parámetro alguno o baremo objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa*” (considerando trigésimo noveno).

Estos tres últimos párrafos son el análisis de proporcionalidad que presenta el Tribunal. Que, asimismo, solicitó a la Superintendencia que acompañara manuales o directrices. La Superintendencia acompañó un manual que se consideró fuera de lo atingente, con buenas razones, puesto que el manual sólo comprendía la fiscalización a empresas y no personas naturales y, además, no establece criterios de determinación más que en términos genéricos. No bastando aquello, el manual en cuestión fue dictado con posterioridad a la imposición de la multa.

Sobre el análisis de la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad en la Sentencia, primero, se establece que la Superintendencia tiene a su discreción optar por imponer las multas de acuerdo a lo establecido en los artículos 27 y 28 del DL 3.538 o seguir la regla contemplada en el artículo 29, la que a juicio del órgano juzgador *“no fija parámetro alguno de razonabilidad (...) para determinar ‘cómo y por qué’ se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa”* (considerando cuadragésimo quinto). El soporte doctrinario de esta posición es entregado a continuación, citando a Mario Verdugo Marinkovic, quien sostiene que la generalidad de las sanciones no son regladas por parámetros definidos ni claros. La jurisprudencia asentada por el Tribunal y la Corte Suprema se encuentra en la misma línea. Así, podemos citar parte de una sentencia que el mismo Tribunal reproduce: *“le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar (...) los órganos dotados de **ius puniendi** deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de la ponderación de la sanción”* (considerando cuadragésimo quinto).

Todo este entramado lógico es el sustento sobre el cual se analiza la Resolución N° 223 - considerandos 1621, 1622 y 1623-, que aplicó la multa considerada por el recurrente como inaplicable por inconstitucional, y que resulta en la conclusión de que: *“no observa la razón concreta de por qué se opta por un determinado monto pecuniario, lo que se constata, además, del tenor literal de la disposición legal, que no ha fijado baremos precisos para arribar al ‘quantum’ de la multa”* (considerando cuadragésimo séptimo).

El considerando cuadragésimo séptimo entra de lleno en el análisis entre arbitrariedad y discrecionalidad, diseccionando algunos de los elementos que configuran la discrecionalidad. Lo esencial es comprender que la discrecionalidad se encuentra dentro de las potestades de las que está revestido un órgano para actuar legalmente. Entre las potestades las podemos encontrar regladas y discrecionales. Las regladas son aquellas que vienen definidas de manera íntegra por la norma que entrega la potestad. Por el contrario, la potestad discrecional se encuentra reglada por una norma que presenta una particularidad: entrega al órgano que ejerce la potestad la posibilidad de escoger entre una serie de opciones igualmente válidas dentro del campo operativo de la norma, así: *“en la discrecionalidad, en cambio, el órgano puede optar entre alternativas igualmente legítimas”* (considerando cuadragésimo séptimo). Finalmente, se cita a García de Enterría y Fernández: *“arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una*

*ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple “porque sí” (...). En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión” (considerando cuadragésimo séptimo).*

El último capítulo de la sentencia, el que entrega el razonamiento para acoger, se basa esencialmente en la contrariedad que genera la disposición y la multa que se encuentran en cuestionamiento con el principio de proporcionalidad. Que el artículo 29 no entrega parámetros objetivos para la determinación de la cuantía de la multa y, a su vez, que se realizan remisiones genéricas y no motivadas a los artículos 27 y 28. Con ello se vulnera este principio en todos sus pilares. Consecuentemente: *“La disposición impugnada impone de esta manera una potestad discrecional arbitraria que no se compecede con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, (...) señalar de manera lógica y precisa cuál es la **razón del quantum** de la sanción” (considerando cuadragésimo noveno).*

Aquí termina nuestra síntesis de la sentencia, por consideraciones de espacio no presentaremos las prevenciones, concurrencias ni el voto en contra de ciertos ministros del Tribunal, de todas formas, los acompañamos como un anexo a este trabajo y nos referiremos a ellos en el análisis crítico.

#### **D. Análisis Crítico.**

El análisis de la sentencia presentada girará en los siguientes ejes: interpretación constitucional, discrecionalidad judicial, principio de proporcionalidad y argumentación constitucional. Todos se encuentran estrechamente relacionados y unos dependen de otros de manera casi estructural, como sucede en la teoría de Alexy, en donde se aprecia la interrelación entre principio de proporcionalidad y la necesidad de argumentación jurídica como un elemento esencial de la misma. Todos estos conceptos son analizados a la luz de una concepción del sistema jurídico como coherente y consistente<sup>136</sup>, por lo que esta es la base metodológica del presente estudio: que las

---

<sup>136</sup> WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, p. 43 y ss. El autor presenta un sistema jurídico definido como: estático-dinámico, de reglas primarias y secundarias, jerárquico, consistente y coherente. En el mismo sentido: “De manera que si el derecho se caracteriza por su capacidad de auto-creación, así como por las relaciones de validez y consecuentemente de derogación que se establecen entre sus normas en virtud de su carácter sistemático, se puede decir que para mantener la coherencia del sistema jurídico es necesario incluir reglas de solución de conflictos como por ejemplo reglas derogatorias, ya sean generales o específicas, que operen como mecanismos de depuración que preserven la consistencia y provean a la eficacia del sistema” HUERTA, 2003, *op. cit.*, p. 167.

soluciones de cualquier sistema jurídico deben ser armónicas con sus principios y normas. De forma tangencial, también abordaremos problemas de la naturaleza de la acción de inaplicabilidad. Todo lo anterior, con el objetivo final de dar al principio de proporcional una forma precisa y útil. También presentaremos la jurisprudencia que el TC ha elaborado en el último tiempo, de forma de comprobar los efectos que la Sentencia ha tenido en pronunciamientos posteriores.

### 1. Interpretación Constitucional

La interpretación constitucional es un criterio de análisis central, porque está estrechamente ligada a la calidad argumentativa de la sentencia. Las interpretaciones razonables y justificadas son, dentro de otros, un gran indicio de una argumentación que permite arribar a conclusiones satisfactorias. Sobre qué corresponde a una interpretación correcta, ese es un problema que excede nuestros objetivos y seguiremos a la doctrina. Lo realmente importante es destacar que la interpretación, como sea que se conciba, es un elemento esencial en la argumentación constitucional<sup>137</sup>, siendo esta, a su vez, fundamental en la aplicación del principio de proporcionalidad. Sobre todo en los casos de control de constitucionalidad<sup>138</sup>.

Criticables son, desde la perspectiva aludida, dos posiciones tomadas por el Tribunal: una, metodológica, la otra, sobre el contenido mismo de la interpretación. Lo que falta en la argumentación del Tribunal Constitucional, respecto a la metodología de la solución, es no haber considerado la interpretación como un paso importante y posible elemento de resolución del conflicto. Ya hemos mencionado en este trabajo que la interpretación es un paso previo a la aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite detectar antinomias y si el test de proporcionalidad sirve para resolverlas. En consecuencia, el conflicto normativo sólo se presenta en cuanto la interpretación así lo permite. En este sentido, el TC puede y ha realizado interpretaciones adecuadoras, esto es, precisar el contenido de una norma, generalmente agregando o reduciendo

---

<sup>137</sup> “Ello explica que muchas propuestas teóricas involucradas en este debate busquen justamente evitar la caída en la subjetividad y en la particularidad de las interpretaciones y de los procedimientos decisoriales”. POZZOLO, *op. cit.*, p.372. Véase también: GUASTINI, 2007, *op. cit.*, p.633 y ss., y ATIENZA, *op. cit.*

<sup>138</sup> “Es una justa hipótesis pragmática la de que el legislador, en situaciones ordinarias, no actúa intencionalmente contra la Constitución y, por tanto, promulga leyes que, según él, son consistentes con las reglas constitucionales. Si esto es así, en cada planteamiento de constitucionalidad se partirá de una duda; duda consistente en si el significado atribuido a RL o a RC o a ambas es o no el significado apropiado: un control de constitucionalidad exige una interpretación constitucional.” WROBLEWSKI, *op. cit.*, p.99

requisitos de aplicación. Si bien hay posiciones a favor<sup>139</sup> y en contra<sup>140</sup> de este proceder, la realidad es que el Tribunal ha utilizado el método en ciertos casos, por lo que habría sido razonable que hubiese considerado este camino como una posibilidad.

De todas maneras, en cuanto a las decisiones contenidas en la sentencia, lo que nos parece más grave son las decisiones interpretativas en la sentencia misma, en las que se ve una especial falta de argumentación. Partimos de la base, para sostener esto, que la mayoría de los autores tienden a considerar como un presupuesto del ordenamiento jurídico que la legislación es coherente con los principios constitucionales<sup>141</sup>. Básicamente, este trabajo presume la coherencia del legislador.

Si la legislación es *prima facie* coherente, el primer intento de interpretación debe ser aquel que permita la comprensión de la normativa de forma armónica con los principios que la Constitución consagra. Esto no significa realizar interpretaciones adecuadoras, pues no se contempla exigir más o menos condiciones para aplicar la ley que aquellas que el legislador contempló, sino simplemente determinar el alcance de una norma en virtud del contexto en el que se encuentra.

Concretamente, en el orden al análisis de la decisión de considerar a los artículos 27 y 28 como ajenos o desligados al artículo 29, todos del Decreto Ley N° 3.538, se presenta un sustento argumentativo escaso. El TC ni siquiera entrega razones sobre por qué llega a su particular interpretación, presentándola sin más, con el vago argumento de que la que norma del artículo 29 se contempla para infracciones que consisten en “una” operación, mientras que las otras normas en comento presentan un tipo que contempla una conducta con multiplicidad de hechos. Esta forma de ver el problema responde completamente a la literalidad de la norma, dejando de lado otras consideraciones. Si bien la norma escrutada podría tener una redacción más clara, una diferencia lingüística tan vaga no es un argumento suficiente para sustentar que el artículo 29 se encuentra desligado de los que lo anteceden, más aún cuando existen buenas razones para considerar lo contrario. Sin embargo, la SVS tampoco contaba con lineamientos claros para la definición de operación y sus elementos.

---

<sup>139</sup> FERNÁNDEZ, J., 2016 La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. Revista *Ius et Praxis* 22 (2): pp. 153-188.

<sup>140</sup> GUASTINI, R., 2001, *op. cit.*, p. 147 y ss.

<sup>141</sup> Nos parece que Guastini es de los pocos autores que está en contra de esta idea, como se expresa a continuación: “la presunción, en la que a veces se apoya la interpretación adecuada, de que el legislador es respetuoso con la Constitución y no tiene intención de violarla, carece de fundamento”. *Ibidem.*, p. 149.

Lo anterior, primero, porque en muchas materias se regulan actuaciones múltiples mediante términos abstractos y singulares. Tengamos por ejemplo el caso de la estafa; el artículo 467 del Código Penal comienza utilizando términos en plural y otros en singular: “El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare (...)”; pero luego habla de “cosa” en singular: “Si el valor de la cosa defraudada excediere (...)”. Si siguiéramos la lógica extremadamente literalista del Tribunal, llegaríamos al sinsentido de que los incisos de la norma no se corresponderían los unos con los otros, o que, extremando la posición, sólo se puede defraudar cuando se modifica “una” sustancia, pues modificar más de un elemento de sustancia no estaría recogido en la norma. Lo anterior es, asimismo, similar a la argumentación más rigurosa que presentaron los ministros disidentes de la Sentencia. Básicamente, la disidencia analiza la función semántica que tiene el conector con que comienza el artículo 29, que permite una comprensión global de los artículos 27, 28 y 29. La exposición del voto en contra es lo suficientemente pormenorizada y, si se compara la cantidad de argumentos para una y otra posición, se puede ver que, al menos, la posición disidente entrega una mayor cantidad de sustento argumental.

En la misma senda, se ha reconocido extensamente que la tipificación del delito de manipulación de precios puede ser altamente compleja. “Convengamos que la distinción entre operaciones lícitas y operaciones reales manipuladoras ha sido siempre problemática, probatoriamente al menos. Esa es la razón por la que algunos autores han incluso renunciado a reconocer la tipicidad de este tipo de conductas”<sup>142</sup>. Al mismo tiempo, reconociendo que este problema es extensivo a todas las legislaciones actuales: “(...) [N]o existe un modo único en el que los precios se formen, sino que en cada mercado lo hacen de una determinada manera. Y, por consiguiente, la manipulación de precios consistirá también en acciones que necesariamente serán, en cada mercado, (más o menos) diferentes”<sup>143</sup>.

Y lo anterior no es todo, desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, nos parece claro y casi universalmente reconocido que la construcción de las infracciones no es idéntica a la forma que se ha aplicado al Derecho Penal. En este sentido, tiende a existir fragmentación de los diferentes elementos de una infracción (tipos, deberes, sanciones), los que pueden encontrarse

---

<sup>142</sup> LONDOÑO, F., 2013, Ilícito de Manipulación Bursátil: Fenómeno y Lesividad. Aspectos de Política Sancionatoria. Política Criminal 8 (15): pp. 64-127, p. 107.

<sup>143</sup> PAREDES, J., 2014, Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores. Nuevo Foro Penal (82): pp. 35-82., p. 43.

dispersos en un mismo cuerpo normativo<sup>144</sup>, en varios o incluso en normas de rango inferior, siendo meridianamente reconocida la complementación reglamentaria en estas materias. Podría decirse que es excepcionalísima la norma que contempla todos los elementos del tipo. La lógica detrás de una técnica legislativa que dispersa diferentes elementos de la sanción tiene que ver con la complejidad de las áreas reguladas, la incapacidad de prever todo hecho futuro y la flexibilidad del Derecho Administrativo para dar respuestas eficientes y eficaces. Por lo mismo, es extraño que los ministros no hayan considerado con mayor detención esta particularidad del Derecho Administrativo Sancionador al momento de interpretar las normas en análisis.

Al llevar a cabo una argumentación deficiente se quita peso a uno de los elementos esenciales que contempla la teoría de proporcionalidad basada en los presupuestos de Alexy<sup>145</sup>, a quien, siendo así, extraña que el Tribunal haya citado expresamente.

## 2. Discrecionalidad

La discrecionalidad es un elemento propio del Derecho, entendiendo que no existe norma abstracta que pueda adecuarse del todo a la realidad en la que debe aplicarse, por lo que debe existir un ejercicio de apreciación concreta que implica una evaluación subjetiva y particular de hechos y circunstancias. El Derecho, como toda ciencia social, es incapaz de prever y regular todo suceso futuro, por lo que éste reconoce la necesidad de un margen en que el juez debe suplir los vacíos que la ley presenta, por estar en una mejor posición de conocer los hechos que el legislador. Estos espacios de discrecionalidad son parte de la indeterminación propia del lenguaje y, por tanto, parte de la esencia del lenguaje jurídico; y no siempre son indeseados, muchas veces son utilizados como una estrategia legislativa (se les conoce también bajo el rótulo de “textura abierta” del lenguaje<sup>146</sup>).

---

<sup>144</sup> ENTEICHE, *op cit.*, pp. 69 y ss. El autor reconoce que la tipificación de la conducta es altamente fragmentada y permite remisiones legislativas, no así como la sanción, que debe estar contemplada íntegramente en la ley. Sin embargo, norma de sanción y norma de comportamiento tienden a estar fragmentadas también.

<sup>145</sup> ALEXY, R., 1988, *ob. cit.*, p. 149.

<sup>146</sup> “En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro –casos claros o paradigmáticos– en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, (...) algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado.” ETCHEVERRY, J., 2015, Discrecionalidad Judicial. En: FABRA, J.L. y RODRÍGUEZ, V. (Eds). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 1389-1418, p. 1391: Véase igualmente: CARRASCO, P., 2012, Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa, *Revista de Derecho Público* (77): pp. 67-78, p. 72. Desde otra perspectiva, WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, p. 24. Este último autor, respecto a la situación de claridad o duda de una norma, declara imposible su



Al respecto, la posición defendida en este trabajo es que el Tribunal adoptó una serie de decisiones mal justificadas sobre la indeterminación de las normas en las que se justificó la sanción administrativa y, con ello, erró en los márgenes de discrecionalidad de que goza el órgano administrativo. A continuación, se presenta el análisis de por qué las decisiones no fueron adecuadamente justificadas.

Sobre la indeterminación de la normas de sanción, caben dos precisiones que interesan para nuestro análisis. La primera, es que toda norma encierra cierta indeterminación y, en segundo lugar, que dicha indeterminación puede ser un elemento deseado por el legislador, pues la discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones es, eventualmente, útil. En cuanto al primer punto, debe considerarse el problema de los usos que se pueden dar al término “operación irregular”. El TC enfoca el problema bajo una perspectiva extremadamente literal, considerando que sólo aquellos casos en que exista “una” operación irregular permiten la aplicación del supuesto de hecho la norma. Sin embargo, existe otra forma de ver la disposición, esto es, bajo el supuesto de que el legislador optó por una formulación abstracta e indeterminada que requiere ser especificada por medio de la aplicación de la norma en cada caso concreto. Esto parece ser bastante más razonable, toda vez que produce una norma coherente con una interpretación sistemática. En un sentido similar, la disidencia de la Sentencia sostiene que el artículo 29 es aplicable al caso concreto, pues al descartar esta posibilidad el Tribunal estaría evaluando los hechos de forma implícita al interpretar las circunstancias fácticas del conflicto, algo que le está vetado (Considerando décimo y siguientes del voto en contra). Los únicos órganos que pueden calificar los hechos jurídicamente son la SVS o los tribunales de justicia cuya competencia les permite conocer cuestiones de hecho. Adicionalmente, es razonable considerar que esquemas fraudulentos que se prolongan en el tiempo son una sola operación, independiente de que sean miles de pequeñas operaciones las que lo componen, sobre todo si se ha mecanizado y automatizado un mismo proceso a lo largo del tiempo. Visto de esta forma, una operación fraudulenta puede prolongarse a lo largo del tiempo por medio de distintos actos u operaciones, sin que ello modifique las características definitorias de la operación (*modus operandi*), que es donde reside el elemento relevante de la conducta tipificada. Asimismo, los esquemas de manipulación de mercado tienden a ser muy complejos y de no fácil

---

definición en abstracto, sino solamente mediando su aplicación a un caso concreto. Por tanto, todo lenguaje legal es potencialmente indeterminado o puede presentarse dudas sobre su consecuencia concreta, si las circunstancias se presentan de forma que no sea clara la aplicación de la norma.

categorización, de forma que sólo las formas más rudimentarias de infracción podrían ser consideradas bajo la estricta interpretación de “una” operación singular.

Finalmente, incluso se podría sostener que el TC interpretó de forma adecuada la norma agregando un requisito a su aplicación y sin fundamentarlo debidamente, mientras que sí existen razones, como las entregadas por el voto en contra, para que la terminología utilizada en el artículo 29 fuese interpretado armónicamente junto con las demás disposiciones relevantes del caso. En efecto, el voto de los ministros disidentes tiene por finalidad demostrar que existe una pléyade de artículos, como los artículos que sancionan la manipulación de mercado en la Ley de Mercado de Valores, que deberían haberse tomado en cuenta en la construcción de la norma sancionadora. Lo anterior, además, se condice con la construcción que se debe hacer de la sanción administrativa, que suelen incorporar más de una disposición para ello.

Respecto al segundo punto, los términos abiertos pueden ser deseables: “en algunos casos es el propio legislador el que prefiere, delegando potestades, colocar intencionalmente en algunas normas jurídicas principios y estándares muy abiertos, antes que intentar excluir toda incertidumbre por medio de técnicas que supondrían aplicar reglas para casos que no fueron previstos”<sup>147</sup>. Como se mencionó, la tipificación de delitos complejos es un tema que presenta muchos obstáculos desde la perspectiva ex-ante y si para el legislador es un impedimento, más razones para entregar discrecionalidad al adjudicador, quien cuenta con información ex-post con la que no cuenta aquél. Esto no quiere decir que estemos en contra de los esquemas que presentan parámetros de apreciación al juez, como aquellos de la legislación medioambiental o eléctrica, sino más bien que un sistema de dichas características no es necesariamente el mejor o no deja de estar exento de críticas<sup>148</sup>, por lo que no es óptimo que el TC tenga preferencias respecto a un modelo u otro, siendo resorte exclusivo del legislador la decisión normativa sobre la mejor regulación. Especialmente si se presentan los problemas de tipificación que hemos comentado.

---

<sup>147</sup> ETCHEVERRY, *op cit.*, p. 1394. En el mismo sentido: “Así, la discrecionalidad no debe entenderse, como antaño, como consecuencia de una laguna legal, cuyo silencio genera la actuación de la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión meditada”. CARRASCO, *op cit.*, p. 69

<sup>148</sup> SOTO DELGADO, P., 2016, Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. Anuario de Derecho Público (1): pp. 374-407. Por ejemplo, lo poco armónico que pueden ser las finalidades funcionales de la pena con los enfoques garantistas, que privilegian el énfasis retributivo de la sanción por sobre otros.

### 3. Proporcionalidad y Argumentación

Ya hemos expresado, de manera sucinta, nuestras apreciaciones acerca de la sentencia en comentario: consideramos que hay falta de argumentación (desde su justificación externa e interna), interpretaciones poco razonables y una comprensión de la discrecionalidad que reduce el ámbito de actuación y decisión de la Administración. Todo lo anterior debilita el concepto de proporcionalidad que es presentado por el TC, ya que pareciera que el principio es utilizado de una forma para la cual no fue diseñado.

Lo más extraño de la sentencia es que presenta un principio ajeno a los fines con los que es utilizado. En este sentido, existe una confusión del Tribunal. En efecto, alude expresamente a Alexy cuando elabora su concepción del principio de proporcionalidad (Considerando vigesimocuarto). Sin embargo, olvida que la teoría del profesor alemán corresponde a una teoría que se enfoca principalmente en la solución de conflictos constitucionales, en los que existe una colisión entre principios o valores incompatibles de la Constitución, no entre contradicciones de normas de rango legal con la Constitución.

El principio de proporcionalidad acepta varias formas de presentación. Una es la que hemos desarrollado en este trabajo. Otras formas de comprenderlo varían dependiendo de los autores, siendo clásica la perspectiva que sostiene que opera como límite a la actividad estatal<sup>149</sup>, por lo que una segunda forma de ver la proporcionalidad es como un límite de la discrecionalidad de la Administración. Una tercera opción, es utilizar el principio como una directiva de aplicación de sanción, como directriz en la determinación específica de la cuantía<sup>150</sup>. Las dos últimas son cercanas porque operan desde una lógica judicial similar, ya como una guía de aplicación al momento de determinar la sanción concreta o, por otro lado, una guía de control al momento de determinar la legalidad de las decisiones administrativas.

Para mejorar la calidad del análisis, dejaremos en claro que no consideramos que TC haya hecho uso del principio de proporcionalidad entendido como método de solución de conflictos entre

---

<sup>149</sup> “(...) la proporcionalidad no puede identificarse necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derecho. En esencia el principio de proporcionalidad fue concebido más bien como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de derechos.” En tanto que: “(...) es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es lícita o no.” ARNOLD *et. al.*, *op cit.*, p. 86.

<sup>150</sup> FUENTES, H., 2008, El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas Consideraciones Acerca de su Concretización en el Ámbito de la Individualización de la Pena. Revista *Ius et Praxis* 14 (2): pp. 15-42.

principios constitucionales<sup>151</sup>. Es claro que el TC ha optado por presentar el principio de proporcionalidad como un principio ya demarcado, como una norma concreta vulnerada, frente a otra de carácter legal. Existen otros trabajos en los que se ha discutido respecto a las confusiones en que incurre el TC en casos en que ha aplicado el principio<sup>152</sup>, pero para los efectos de este análisis, solo es relevante reconocer que el Tribunal tiende a delimitar los contornos del principio y en base a ello configurar la vulneración constitucional<sup>153</sup>.

A nivel teórico, ello quizá se pueda explicar porque las decisiones judiciales hacen más hincapié en el juicio de proporcionalidad estricto. El análisis que debe hacer el legislador al momento de creación de leyes es bastante similar al modelo que presenta Alexy, ya que debe sopesar la idoneidad y necesidad de las normas que creará, lo que significa que la legislación debería encontrarse imbuida por los sub-principios aludidos. En consecuencia, desde la perspectiva del control constitucional el resultado de estos juicios es más acotado, en cuanto la labor del TC es la constatación de elementos ya establecidos normativamente. El análisis es, en estos aspectos, primordialmente jurídico. Por el contrario, el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto se mueve en coordenadas fácticas que permiten determinar el resultado específico de una decisión, por lo mismo, es el juicio que presenta mayores similitudes con la metodología clásica de subsunción con que los jueces ordinarios están acostumbrada a operar. Con todo esto, se quiere mostrar que la Sentencia se enfoca más en aspectos propios del conflicto jurídico, en la proporcionalidad en sentido estricto, que en el eventual conflicto constitucional, pues de haber sido así se habrían analizado la idoneidad y necesidad de la norma.

De los párrafos anteriores se desprende que la proporcionalidad no fue aplicada como solución de conflictos constitucionales, por lo que tampoco era necesario seguir su estructura (en particular en torno a los sub-principios o juicios que la componen). He aquí una de nuestras conclusiones: el principio de proporcionalidad que utiliza el TC es cercano al que opera como justificación al control de la actividad estatal. Esto debe ser señalado como un problema, pues el Tribunal no tiene por fin

---

<sup>151</sup> ATIENZA, *ob. cit.*, p. 211.

<sup>152</sup> El ya citado COVARRUBIAS expone de manera extensa sobre este problema, estimando que en muy pocos casos, sea cual sea la razón, se ha aplicado la ponderación defendida por Alexy, identificando un ejercicio que se acerca más a la forma en que aplican los derechos fundamentales las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, así como las Cortes Inglesas. COVARRUBIAS, I., *op. cit.*

<sup>153</sup> Presentando cierta cercanía con el modelo que define MORESO bajo los siguientes pasos: 1. Identificación del problema; 2. Identificación de pautas *prima facie*; 3. Consideración de casos paradigmáticos; 4. Establecer propiedades relevantes; 5. Formulación de reglas que resuelven el caso. MORESO, *op. cit.*, pp. 821-832.

controlar las motivaciones de las decisiones de la Administración; escapa de su competencia. Específicamente, pareciera que el TC realiza un ejercicio por el cual fija elementos propios de la naturaleza de la sanción administrativa, escudándose en las construcciones doctrinales de la proporcionalidad, ya que no deja de traslucirse en la Sentencia la idea enraizada de que la retribución es el elemento central de la sanción.

Complementando lo anterior, hay que detener la atención en que el Tribunal Constitucional controló la constitucionalidad de la norma conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional. La naturaleza y alcance de esta forma de control no es objetivo de este estudio, pero presentaremos una visión al respecto para enriquecer el estudio de la Sentencia<sup>154</sup>. Esta acción constitucional establece un control concreto sobre una norma y aunque la implicancia de qué es “concreto” parece no ser claro, en la especie debe entenderse que el énfasis está en las consecuencias vulneradoras de principios constitucionales por la aplicación de una norma jurídica. La consecuencia principal de lo anterior, es que el ámbito de competencia que concede esta acción al TC le veda de conocer elementos abstractos de la norma.

Consecuentemente, nos parece que la decisión del Tribunal es errada por realizar críticas a la formulación de la ley que están fuera de su competencia, puesto que los controles concretos a los que llama la acción de inaplicabilidad no lo permiten. Estos controles “abstractos” que realizó el TC parten de interpretaciones que no se encuentran del todo justificadas (aquellas que ya hemos criticado, como que deban existir graduaciones de la sanción en la ley, pero sobre todo la escisión entre el artículo 29 y los que le anteceden). Luego, si el TC considera que una norma es inconstitucional, como pareciera ser el caso, no existe ejercicio jurídico o motivación que justifique su aplicación, incluso aunque se respete esa misma norma, puesto que el vicio es de origen. Las deficiencias de una ley necesariamente se verán reflejadas en las decisiones que tome un órgano en virtud de la misma y no existirá forma de que su decisión se constitucional. Por lo mismo, la aproximación del TC al problema impide de manera absoluta que la norma sea aplicada de manera constitucional, puesto que su origen se encuentre viciado.

El TC, por otro lado, controló la determinación de la pena, en un caso en que ese control debió haber sido realizado por la justicia ordinaria y no en sede constitucional. Y concluyó que la individualización

---

<sup>154</sup> *Vid.* COUSO, J. y CODDOU, A., 2010 La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente. *Estudios Constitucionales* 8 (2): pp. 389-430. HUERTA, C., 1998, Sobre la Naturaleza Jurídica de la Inconstitucionalidad. *Revista DOXA* 21, Cuadernos de Filosofía del Derecho (2): pp. 219-228.

era incorrecta pues comparó el marco legal utilizado por la SVS con marcos legales diferentes, que estimó mejores y más adecuados. Más que haber controlado los motivos de la Administración, que como dijimos de todos modos eran irrelevantes al estimar el TC que la norma en abstracto era defectuosa; el control debió haber reconocido los principios constitucionales en juego y haber determinado si la afectación de los mismos se justificaba o no. El control constitucional no puede recaer sobre el mérito de la decisión. La Sentencia lamentablemente menciona demasiados elementos de mérito que empañan el que debería ser un análisis de vulneración de derechos fundamentales.

De este modo, las críticas que se han formulado desde diversos ámbitos al rol del Tribunal Constitucional, al dar primacía a ciertas decisiones legislativas, convirtiéndose en un *policy maker*, son bastante acertadas<sup>155</sup>. En ningún caso entregó un criterio material y propio de la proporcionalidad para el Derecho Administrativo Sancionador. El control de constitucionalidad, en este caso, se yergue como forma de creación normativa ajena a la democracia, que si bien puede funcionar como una señal al legislador para adecuar la legislación a la normativa constitucional, opera fuera de la órbita para la cual fue concebido este recurso, esto es, para un control concreto de constitucionalidad. Por su parte, el principio de proporcionalidad entendido según la concepción presentada por Alexy, es un puente entre los principios fundamentales y la ley, que permite concordar la aplicación de una o más disposiciones con los principios fundamentales que recoge la Constitución. En la Sentencia, por el contrario, se han definido las que serán definiciones de la sanción administrativa para el futuro, entregando preponderancia a consideraciones de retribución por sobre prevención.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, el estado actual del desarrollo de la disciplina propugna la necesidad de flexibilidad, la incapacidad de tipificar conductas con la concreción que se exige en derecho penal y, sobre todo, que en las sanciones administrativas deben gozar de un estatuto menos rígido que el penal<sup>156</sup>. Si aceptamos que el Derecho Administrativo no es Derecho Penal, debemos estar abiertos a una comprensión distinta de la proporcionalidad, englobando retribución y prevención. Siguiendo dicho razonamiento, el principio de proporcionalidad se presenta como un control menos estricto que en materia penal. En consecuencia, con la intención de dotar de cierto contenido del principio, creemos que la

---

<sup>155</sup> LETELIER, 2011, *op. cit.*

<sup>156</sup> LOPERA, *op.cit.*

proporcionalidad, desde la perspectiva abstracta, debe llevar a cabo juicios de idoneidad y necesidad más cercanos a la eficiencia y eficacia que a principios de fragmentariedad e intervención mínima<sup>157</sup>. A su vez, la proporcionalidad al individualizar penas debe propender a consideraciones de prevención o consecuencialistas, lo que es coherente con la eficiencia y eficacia.

Todo lo anterior no significa que avalamos la resolución sancionatoria de la SVS en el caso Cascadas, sino que se rechaza la forma en la que el Tribunal Constitucional arribó a sus conclusiones. Que la resolución de la SVS se encontraba lo suficientemente fundada es discutible; si su fundamentación sobre los criterios que tuvo en consideración son suficientes, también, pero no cabe duda que la forma en que el TC resolvió el caso no es la correcta.

Particularmente, el Tribunal Constitucional, por todas las razones entregadas, utiliza el principio de proporcionalidad para justificar su visión sobre el rol y la preponderancia de la función retributiva en la sanción administrativa. Esta visión es contraria a la moderna forma de comprender el Derecho Administrativo Sancionador, en cuanto la mayoría de los autores reconoce que la función de la sanción en este campo tiene un rol más preventivo. La explicación de que el TC tome el camino contrario es que aplica una matización demasiado débil de los principios que emanan del mismo *ius puniendi* (que para los efectos significa no aplicar ninguna matización). Por esto mismo, exige requisitos de la tipicidad que no se adecuan a los contornos de la sanción administrativa, sino más bien a la sanción penal, exigiendo mínimos y máximos de extensión de la sanción que impiden una flexibilidad y adaptabilidad reales para un caso concreto. Finalmente, el fondo de la discusión no es la proporcionalidad, lo que se discute son los contornos propios de la tipicidad administrativa sancionadora en vista de la “proporcionalidad” (retribución) que una norma sancionatoria debe presentar.

La discusión de la tipicidad en materia de sanciones administrativas es quizá el punto de partida de una teoría general de esta materia, al definir los contenidos que el legislador debe incluir en la norma, lo que a su vez refleja una posición filosófica y jurídica de los fines y naturaleza de la sanción administrativa. La posición de designar a la retribución como elemento central de este principio parece ser errónea. En materia penal sí se entiende que se tome tal decisión, pues los principios que inspiran la materia (como la culpabilidad o principio de inocencia) generan una aversión sistemática de imponer penas inmerecidas. Es coherente que la tipicidad sea estricta y defina los márgenes

---

<sup>157</sup> *Ibidem*.

precisos dentro de los que el juez impondrá el castigo, asegurando con ello que la pena no será la adjudicación de un mal mayor que el cometido. En el Derecho Administrativo Sancionador no es necesario que la tipicidad sea tan estricta porque incluso bajo la posición de que se aplican los principios del *ius puniendi*, posición propia del TC, estos se aplican matizados. En consecuencia, la aversión a un castigo inmerecido es menor y las garantías que protegen al regulado no se despliegan con la intensidad que lo hacen en el Derecho Penal. “En tanto en materia administrativa una especial aversión al riesgo de condena no resulta ser un bien justificable (...), sino que, por el contrario, aparece como bien preponderante el respeto ordinario y constante a la legalidad y la eficiencia en la desaprobación de las conductas que la infringen”<sup>158</sup>.

Sin embargo, hay que levantar otra duda respecto a esta discusión: en virtud de los bienes en juego, no será necesaria una comprensión diferente de la retribución. El sentido que queremos imprimir a esta duda es que en la medida en que la sociedad avanza, la evaluación de los bienes se torna compleja y surgen interrelaciones o consecuencias de su afectación que en el pasado no eran tenidas cuenta. El cambio climático o los derechos de los animales se instalan fuertemente en la agenda pública, al darnos cuenta que sus efectos son concretos y se pueden apreciar y que es un fenómeno mundial, o que cambian las antiguas y enraizadas percepciones que antes parecían evidentes sobre estas materias. Desde una perspectiva histórica, como sociedad (occidental) ya hemos avanzado enormemente en la erradicación de la ley del tali3n, que encontraba sentido en la equivalencia del bien afectado con el castigo impuesto, o sea, en la retribuci3n. En la medida que los valores cambiaron, la retribuci3n se racionaliz3 en otras medidas. El momento hist3rico en el que vivimos nos exige realizar esta evaluaci3n y avanzar en torno a una retribuci3n que realmente refleje los valores que “valga la pena” proteger.

#### **E. Jurisprudencia Posterior del Tribunal Constitucional en Materia de Sanciones Administrativas**

Posterior a la Sentencia, el TC ha tenido la oportunidad de conocer requerimientos de inaplicabilidad que lo han llevado a pronunciarse y seguir desarrollando su postura en torno al Derecho Administrativo Sancionatorio. Un grupo de pronunciamientos emanan del caso Cascadas, mientras otros no se encuentran relacionados a 3l. Respecto a los primeros, los agruparemos en un mismo

---

<sup>158</sup> LETELIER, R., 2018, El precio del *status quo*. Sobre el est3ndar probatorio en las sanciones administrativas, Revista de Derecho (Valdivia) 31(1): pp. 209-229, p. 225.



análisis, pues no presentan mayores diferencias. Asimismo, analizaremos otras sentencias que presentan ciertas particularidades que contrastan con la Sentencia.

#### 1. Sentencias Caso Cascadas<sup>159</sup>

El grupo de sentencias que componen la totalidad de pronunciamientos del TC respecto a los sancionados por el caso Cascadas siguen a la Sentencia, en cuanto ésta entregó las directrices generales que fueron luego aplicadas en los demás casos. Esto, ya que los hechos analizados en este grupo de sentencias no presentaban grandes variaciones en comparación a los hechos que fueran conocidos en la Sentencia, por lo que los problemas jurídicos identificados en estas sentencias eran análogos a los vistos en la Sentencia y no se presentan particularidades relevantes dignas de mencionar ahora.

Esencialmente, las decisiones siguen la línea jurisprudencial marcada por la Sentencia, sin que se haya aprovechado la oportunidad para mejorar la calidad argumental de la Sentencia. Habría sido un excelente ejercicio dialéctico que el TC sopesara en mayor detalle las razones de la minoría en la Sentencia y entregara contraargumentos. Esto sin duda habría generado un diálogo que podría haber profundizado los tópicos en discusión. Sin embargo, esto sólo sucedió de manera escueta. Es valorable que en la decisión se haya descartado el argumento del conector “No obstante” del artículo 29 como una razón para comprender que este artículo se encontraba relacionado con los que lo antecedían. Las razones para ello son, por otro lado, poco convincentes, en cuanto sólo se remiten a la historia fidedigna de la ley, cuando es evidente que existen otros criterios de interpretación posibles para la Constitución. Peor aún, esto es un indicio de que el TC se está alineando con posiciones estrictamente “originalistas” de interpretación (limitarse la historia fidedigna del proceso por medio del cual el legislador crea una norma<sup>160</sup>), cuando la interpretación constitucional es un proceso complejo que integra otros criterios, como el contexto social, cultural y, en general, los avances sociales que presenta una comunidad.

En estas sentencias, de todas maneras, se aprecia con mayor claridad que el problema central es de tipicidad: “Que, como se desarrollará a lo largo del fallo, este Tribunal constata un grado insuficiente de determinación o especificidad legal de la norma que establece la sanción, tanto en la estructura

---

<sup>159</sup> Las sentencias consideradas son: STC 3014, STC 3236, STC 3542, STC 3575, STC 3684.

<sup>160</sup> BERGER, R., 1988, *Originalist theories of constitutional interpretation*. Cornell Law Review 73 (2): pp. 350-358.

de la misma, dado la vaguedad del objeto sobre el cual se calcula el porcentaje (“valor de la operación irregular”), como en cuanto a la forma en que debe aplicarse, por la ausencia de criterios de graduación”<sup>161</sup>.

Lo que sí es expresado con mayor transparencia por el TC es que considera que la retribución tiene una función esencial en la limitación de la sanción administrativa, lo que es lo mismo que decir que finalmente será la retribución el valor que fija los límites esenciales de ella. Independiente de las declaraciones al contrario que el TC pueda hacer, la consecuencia de su decisión es priorizar la función retributiva por sobre la preventiva. En este sentido, expresa el Tribunal: “El desacuerdo fundamental dice relación con lo que este Tribunal entiende como la ausencia de debida consideración por la racionalidad y justicia procedimental que le es asegurada a todas las personas en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, Nº 3º, inciso sexto, de la Constitución. Esto significa, como ya se ha expresado en forma repetida, reconocer el rol limitador derivado de la **función retributiva de toda sanción**, lo cual está vinculado, a su vez, con el valor de la justicia, proporcionalidad o prohibición del exceso punitivo, así como con un presupuesto básico para el logro de lo anterior: que la estructura de la sanción y los parámetros procedimentales para su determinación al caso individual no carezcan de mecanismos y pautas legales específicas y determinadas.”<sup>162</sup> (Todos los énfasis son nuestros).

En estas sentencias la propuesta teórica no presenta las construcciones dogmáticas de la Sentencia, pero entendemos que es ésta el fundamento real de las decisiones que la suceden. En consecuencia, seguimos criticando que el principio de proporcionalidad de Alexy, que actúa como una herramienta metodológica, sea utilizado para justificar el contenido material de las sanciones y la necesidad de respeto a la función retributiva. Al mismo tiempo, es preocupante que el TC tome una posición de estas características, cuando la función preventiva de las sanciones administrativas se torna cada vez más relevante, pues actúa como un elemento de disuasión. Esta disuasión, en efecto, no se cumple con la eventual equivalencia pecuniaria entre la ganancia obtenida a causa de la infracción cometida y el daño, primero, porque muchas veces no existe tal equivalencia y, luego, porque eso no genera incentivos a que los demás actores sociales consideren y ponderen, de manera *ex ante*, las consecuencias de una eventual infracción a las normas administrativas.

---

<sup>161</sup> Considerando quinto. STC 3014. Mismo considerando para STC 3236, STC 3542, STC 3575, STC 3684.

<sup>162</sup> Considerando vigésimo. STC 3014. Mismo considerando para STC 3236, STC 3542, STC 3575, STC 3684.

## 2. Sentencia PwC (STC 3116)

Aunque en este caso se presentó un problema procesal insalvable (se requirió la inaplicabilidad de una norma que no había sido aplicada por el juzgador), el TC igualmente se pronuncia sobre un aspecto del requerimiento que resulta muy interesante exponer. A modo de resumen, los hechos de la causa son que la empresa de auditoría PwC y el socio que lideró la auditoría fueron sancionados por la SVS a causa de la infracción a sus deberes legales en el marco del caso La Polar, empresa que PwC auditó defectuosamente, según acreditó la SVS, durante los años en que se gestó la repactación de las deudas de los clientes y la subsiguiente falsedad del real estado de los negocios de esta empresa.

Aunque la requirente sostiene que se la ha sancionado en vulneración del principio *ne bis in ídem*, al sancionarse tanto a la sociedad como al socio, lo cierto es que el Tribunal se pronuncia sobre aspectos que influyen directamente en el principio de tipicidad. En concreto, se deshecha que se haya vulnerado el principio *ne bis in ídem* porque el artículo que se solicita declarar inconstitucional regula la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre el socio de una empresa de auditoría externa y, por exclusión, no opera como regla para determinar la responsabilidad administrativa que se le imputa. Avanzando en esa idea, justifica el TC que incluso aunque se hubiera imputado otra norma, no habría vulneración al principio mencionado.

¿Por qué mencionamos que existe un pronunciamiento en cuanto a la tipicidad? Porque no existía, al momento del pronunciamiento del TC, una norma que estableciera la responsabilidad del socio en forma conjunta con la empresa de auditoría externa. Por lo mismo, los esfuerzos argumentativos del TC intentan determinar la supuesta tipicidad por medio de justificaciones teóricas y mencionando normas de otros ordenamientos, pues la regulación administrativa de otros países ha aceptado la dualidad de sanciones a personas jurídicas y a las personas naturales que las componen. Al respecto, debe considerarse que la argumentación en esta sentencia se encuentra presente, porque se identifican fines válidos y la necesidad de protegerlos, así como otros elementos que permiten al TC arribar a la solución por la que opta, como lo expone la STC 3116, pero es criticable que se intente justificar una sanción solamente por la existencia de fines válidos para su imposición, sin que exista una determinación más o menos expresa de los sujetos responsables en la ley (para

el caso español, por ejemplo, véase el artículo 70 de la Ley de Auditoría de Cuentas<sup>163</sup>, el cual claramente define las personas naturales que pueden ser sancionadas por infracción a las disposiciones de esa ley).

Asimismo, es poco coherente la argumentación de este fallo con la Sentencia, porque en esta última el TC se acerca a una concepción de tipicidad estricta que exige parámetros delimitados para la determinación de la sanción y rechaza que conceptos abiertos como “operación irregular” puedan ser aplicados de otra forma que no sea ciñéndose a su literalidad, mientras que en el fallo que comentamos ahora esto no se sigue. Por el contrario, se acepta que pueda existir una tipicidad más laxa, en concreto, que se sancione al socio de una compañía sin existir norma expresa para ello, en cuanto los objetivos de la legislación se cumplen de mejor manera si tanto sociedad como ejecutivo son objeto de la sanción. Sin embargo, en este caso la tipicidad es tan laxa que contradice los estándares de previsibilidad básicos dirigidos a quien se encuentra obligado por la norma<sup>164</sup>. En consecuencia, como no existe una norma que haga responsable al socio de la empresa de auditoría (más allá de que es él quien debe firmar los informes de auditoría, de lo que por ninguna razón podemos desprender algún tipo de responsabilidad), no es razonable que se pueden sancionar a ambos.

Por lo demás, es altamente criticable la falta de coherencia entre las diversas posiciones que toma el Tribunal al resolver diferentes casos, apreciándose que existen contradicciones que impiden la sistematización de criterios unificadores en el Derecho Administrativo Sancionador. Ya que la falta de regulación de esta materia es un hecho de larga data, el Tribunal ha sido quien ha dado los lineamientos del DAS y debería exigirse a sí mismo un alto nivel de coherencia o, en tanto se den decisiones contradictorias, presentar una justificación bajo estándar riguroso de fundamentación que permitiera apreciar la razonabilidad de una eventual contradicción. Lamentablemente, el análisis anterior demuestra lo contrario.

---

<sup>163</sup> Ley 22/2015, de 20 de julio de 2015, disponible en línea en [www.boe.es](http://www.boe.es)

<sup>164</sup> “En el caso de las sanciones administrativas, en efecto, también es necesario que la posibilidad de ser sancionado sea previsible para el particular, tal como se ha reconocido en Chile, y en el derecho comparado.” COUSO, J., 2018, Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. *Revista lus et Praxis* 24 (1): pp. 437-496.

### 3. Sentencia Nicolás Ramírez Cardoen (STC 3054)

En esta sentencia el TC vuelve a conocer sobre una supuesta vulneración al principio *ne bis in ídem*, pronunciándose de lleno sobre el principio y su incidencia en el administrativo sancionatorio. La idea central de esta decisión, respecto a las sanciones administrativas, es: “Que lo prohibido es el doble juzgamiento frente a una actividad sancionatoria limitada a los hechos que atentan en contra de un mismo bien jurídico. (...) Tal como el Tribunal Constitucional ha sostenido en otras ocasiones, la sanción administrativa en este caso es ejercicio de una potestad punitiva del Estado. Sin embargo, se trata de una sanción acumulativa a la penal, fundada en la misma ilicitud y la infracción a las mismas normas. El legislador decide que ante este tipo de infracciones se aplique una pena pecuniaria, impuesta por la Administración, y una pena privativa de libertad, impuesta por un juez penal”<sup>165</sup>. El pronunciamiento, de lo que hemos reproducido y en otros considerandos, deje entrever una concepción según la cual es posible que múltiples regímenes sancionatorios existen en virtud de diferentes fines tutelados (en el sentido de que la totalidad del reproche a una conducta se puede dividir de acuerdo a diferentes dimensiones afectadas, como la libertad personal y el patrimonio).

Es evidente que la coexistencia de sanciones penales y administrativas se justifica en que afectan bienes jurídicos diferentes. En seguida, los bienes que afecten las sanciones (así como los fines para los cuales se contemplaron estas) son los que modularán las garantías y derechos que guiarán y limitarán el actuar de la Administración o del persecutor/juzgador penal. Siendo así, aun cuando se sostenga que ambos regímenes comparten una misma justificación como emanación de una única potestad punitiva, los puntos de partida son diametralmente opuestos; si aceptamos que debemos partir por los bienes afectados y las garantías que los protegen. Por esa misma razón, la sanción administrativa surge como una respuesta complementaria al castigo penal, pues afecta diferentes bienes jurídicos (y busca un fin diferente), y al mismo tiempo justifica que se apliquen principios diferentes a los que se aplican en materia penal, y no bajo la fórmula de la matización, sino que exigiendo un desarrollo de garantías particulares que puedan delimitar la línea divisoria que justifica la existencia autónoma de dos regímenes diferentes.

---

<sup>165</sup> Considerando sexagésimo cuarto.

### **III. CONCLUSIONES**

Un escrutinio global de la decisión del Tribunal Constitucional deja una sensación extraña, pues constatamos faltas que a nuestro parecer son graves, más que todo por las implicancias de un caso como este, donde se encontraban involucrados actores importantes de diversas áreas de la economía.

La falta de argumentación en la Sentencia nos parece extendida, invade al método de solución y la concepción de la proporcionalidad. La solución se limita a una aplicación subsuntiva, sin que se haya contemplado la diversidad de opciones y cuál de ellas era idónea para la solución óptima. Podrá decirse que el Tribunal Constitucional es soberano para tomar esa elección, pero la racionalidad obliga a que fundamente sus decisiones y en este caso la fundamentación es descuidada y poco convincente. En el mismo sentido, los argumentos para la comprensión de los artículos 27, 28 y 29 del Decreto Ley N° 3.538 son bastante simples y basados en una concepción de literalidad bastante ambigua.

En cuanto al principio de proporcionalidad, el Tribunal lo aplicó de forma poco reflexiva, tomando una teoría creada para resolver conflictos entre principios constitucionales para presentarla como un principio en sí. En este sentido, nuestra opinión es que el principio de proporcionalidad es una herramienta más que un valor en sí. La proporcionalidad solo sería un valor en cuanto permite la ponderación de diversas posturas, normativas o axiológicas, para lograr una solución respetuosa de la mayor cantidad de ellas. Por el contrario, se dejó de lado la indeterminada y flexible naturaleza de los principios y el TC optó por una interpretación que sólo consideró uno de los lados afectados, el de la libertad individual, sin tener en cuenta el grave daño social y simbólico de la operación fraudulenta. Lo errado no está en la elección de un principio o valor, sino que se dotó de contenido al principio antes de analizar el caso concreto y todas las aristas involucradas. De haberse hecho lo anterior quizá el Tribunal habría dado cuenta de otras soluciones al caso.

Ante esto, es necesario que la proporcionalidad se encuentre guiada por algún tipo de consideración, pues toda balanza posee un fiel. Nuestro pequeño aporte no es entregar un principio de proporcionalidad de características universales, algo que englobe todas sus posibles aplicaciones, por el contrario, solo hemos dicho que su contenido es variado y que debe identificarse el mismo acorde a la situación a la que aplica. En el caso concreto, como la situación se enmarcaba dentro del Derecho Administrativo Sancionador, debería haberse considerado la disciplina misma, sus particularidades y singularidades, así como sus elementos comunes con otras áreas del Derecho,

para configurar el principio en análisis. Quizá el principio de proporcionalidad no sea más que la consideración comparativa de las variables que influyen en una decisión en búsqueda del ideal aristotélico del justo medio, pero eso queda para otro estudio. Y dejamos para ello la siguiente pregunta ¿La proporcionalidad es un ejercicio meramente comparativo que busca la solución de equidad o acaso hay equidad anterior que deba guiar la proporcionalidad? Es evidente que no hay una respuesta fácil a esta pregunta, pero es necesaria para iniciar una discusión profunda sobre el tema.

## **Bibliografía**

- ALCALDE, E., 2008, Relación entre Valores y Principios Generales de Derecho en la Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales en Chile, Revista Chilena de Derecho 35 (3): pp. 463-484.
- ALEXY, R., 2009, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (11): pp. 3-14.
- ALEXY, R., 1988, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (05), pp.139-151.
- ARACENA SALGADO, P., 2017, Una Interpretación alternativa a la Justificación de Garantías Penales en el Derecho Administrativo Sancionador para Chile, Revista de Estudios de la Justicia (26): pp. 96-144.
- ARANCIBIA, T., 2015, Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Materia de Sanciones Administrativas. Santiago, Tribunal Constitucional. 80p. (Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 58).
- ARNOLD, R., MARTÍNEZ, J., y ZÚÑIGA, F, 2012, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales 10 (1): pp. 65-116.
- ARRAU, P., 2001, El Mercado de Capitales Chileno: Un Necesario Big Bang para el Crecimiento. En: BEYER, H. y VERGARA, R., ¿Qué Hacer? Propuestas para el Desarrollo, Chile, Centro de Estudios Públicos: pp. 333 – 364.
- ASCARATE, A., 2013, Cuestiones preliminares para el estudio de la infracción administrativa. En: REGUEIRA, E. (Coord.), Estudios de Derecho Público, Argentina, Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA: pp. 1095-1116.
- ATIENZA, M., 2007, Constitución y Argumentación. [en línea] Anuario de Filosofía del Derecho, <[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=F\\_2007&fasc=>](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_2007&fasc=>)> [consulta: 9 de diciembre de 2017]
- BERGER, R., 1988, Originalist theories of constitutional interpretation. Cornell Law Review 73 (2): pp. 350-358.
- BERMÚDEZ, J., 2010, Derecho Administrativo General. Chile, Legal Publishing, p.349.



- BERMÚDEZ, J., 1998, Elementos para Definir Las Sanciones Administrativas, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, pp. 323-334.
- BORDALÍ, A. y FERRADA, J., 2002, Las facultades juzgadoras de la Administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. Revista de Derecho (Valdivia) 13: pp. 187-205.
- BUENO ARMIJO, A., 2012, El (Imperfecto) Sistema de Garantías del Derecho Administrativo Sancionador de la Unión Europea. A Propósito de la Potestad Sancionadora del Banco Central Europeo, Revista de Derecho de la Unión Europea (23): pp. 135-164.
- CAMACHO, G., 2007, La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora, Revista de Derecho Público (69): pp. 9-23.
- CÁRDENAS, J., 2014, Noción, Justificación y Críticas al Principio de Proporcionalidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 47 (139): pp. 65-100.
- CARRASCO, P., 2012, Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa, Revista de Derecho Público (77): pp. 67-78.
- COMANDUCCI, P., 1998, Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho. Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 (21): pp. 89-104.
- CORDERO QUINZACARA, E., 2012, El Derecho Administrativo Sancionador y su Relación con el Derecho Penal. Revista de Derecho (Valdivia). 25 (2): pp. 131-157.
- CORDERO QUINZACARA, E., 2014, Los Principios que Rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (42): pp. 399-439.
- CORDERO QUINZACARA, E. y ALDUNATE LIZANA, E., 2012, Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39): pp. 337-361.
- COUSO, J. y CODDOU, A., 2010 La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente. Estudios Constitucionales 8 (2): pp. 389-430.
- COUSO, J., 2018, Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. Revista Ius et Praxis 24 (1): pp. 437-496.

- COVARRUBIAS, I., 2014, ¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad?. *Estudios Constitucionales* 12 (1): pp. 163-237.
- DA SILVA, V., 2011, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2): pp. 273-301.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., 2013, Incidencia del Fenómeno Regulatorio en la Noción de Derecho (no publicado) [en línea] <https://eprints.ucm.es/23422/> [consulta: 19 de marzo de 2018].
- DE MOOR-VAN VUGT, A., 2012 Administrative Sanctions in the EU Law, *Review of European Administrative Law*, Vol. 5 (1): pp. 5-41.
- ENTEICHE, N., 2017, *Las Sanciones Administrativas: El Problema de la Proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 160p.
- ETCHEVERRY, J., 2015, Discrecionalidad Judicial. En: FABRA, J.L. y RODRÍGUEZ, V. (Eds). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 1389-1418.
- FERNÁNDEZ, J., 2016 La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. *Revista Ius et Praxis* 22 (2): pp. 153-188.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., 2006, Potestad Sancionadora de la Administración y Ley Penal en Blanco: Caso de las Eléctricas ante el Tribunal Constitucional. *Sentencia Destacadas 2006*, pp. 177-210.
- FERRADA BÓRQUEZ, J., 2007, Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de Derecho*, Vol. 20, (2): pp. 69-94.
- FUENTES, H., 2008, El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas Consideraciones Acerca de su Concretización en el Ámbito de la Individualización de la Pena. *Revista Ius et Praxis* 14 (2): pp. 15-42.
- GÓMEZ, R., 2019, Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista Derecho del Estado* (44): pp. 361-384.
- GUASTINI, R., 2001, *Estudios de Teoría Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 279p.
- GUASTINI, R., 2007, Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional* 2 (8): 631-637.

- HUERTA, C., 2003, Conflictos Normativos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 215p. (Serie Doctrina Jurídica Núm. 142)
- HUERTA, C., 1998, Sobre la Naturaleza Jurídica de la Inconstitucionalidad. Revista DOXA 21, Cuadernos de Filosofía del Derecho (2): pp. 219-228.
- JARA, J., 2018, La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. Revista de Derecho Público (89), pp 59-91.
- KAPLOW, L., 1992, Rules Versus Standards: An Economic Analysis. Duke Law Journal 42 (3): pp. 559-624.
- LETELIER, R., 2017, Garantías penales y sanciones administrativas. Política Criminal 12 (24): pp. 622-689.
- LETELIER, R., 2018, El precio del *status quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas, Revista de Derecho (Valdivia) 31(1): pp. 209-229.
- LETELIER, R., 2011, La Justicia Constitucional en el Pensamiento de Jürgen Habermas. Estudios Constitucionales 9 (2): pp. 377-394.
- LONDOÑO, F., 2013, Ilícito de Manipulación Bursátil: Fenómeno y Lesividad. Aspectos de Política Sancionatoria. Política Criminal 8 (15): pp. 64-127.
- LOPERA, G., 2008, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: CARBONELL, M. (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 269-306.
- MAÑALICH, J., 2014, El Principio Ne Bis In Idem Frente a la Superposición del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio. Política Criminal 9 (18): pp. 543-563.
- MORESO, J., 2010, Conflictos entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos. ARBOR 186 (745): 821-832.
- NAVARRO, E., 2016, Notas Sobre la Potestad Sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad. Revista de Derecho Público (67): pp. 118-128.
- ORTIZ MÉNDEZ, M., 2015, Análisis de los Problemas Probatorio en los Procedimientos Sancionatorios Contra las Vulneraciones a la Ley 18.045. Revista de Derecho Público (82): pp. 205-250.

- PAREDES, J., 2014, Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores. *Nuevo Foro Penal* (82): pp. 35-82.
- POZZOLO, S., 2015, Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”. *En*: FABRA, J.L. y NÚÑEZ, A. (Eds). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 363-405.
- PRIETO, L., 2010, El juicio de ponderación constitucional. *En*: CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: pp. 103-151.
- REBOLLO, M., IZQUIERDO, M., ALARCON, L., BUENO, A., 2005, Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7 (1): pp. 23-74.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F., 2013, El Principio de Objetividad en el Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora. *Revista Documentación Administrativa* (289): pp. 211-231.
- ROMÁN, C., 2010, El Castigo en el Derecho Administrativo, *Derecho y Humanidades* 1 (16): pp. 155-171.
- SILVA SÁNCHEZ, J., 2001, La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. Segunda Edición, España, Editorial Civitas. 167p.
- SOTO DELGADO, P., 2016, Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. *Anuario de Derecho Público* (1): pp. 374-407.
- SOTO DELGADO, P., 2015, Un Mal Caso para Flexibilizar la Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Comentario al Fallo “Empresa de Servicios Sanitarios ESSBIO S.A. con SEREMI de Salud del Biobío” de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2017. *Revista Chilena de Derecho* 42 (2): pp. 701-714.
- WRÓBLEWSKI, J., 1985, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. España, Editorial Civitas, 114p.
- ZUÑIGA, F., 2015 El Retorno a lo Administrativo: Comentario a la Sentencia Rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dörr Zegers y Otros” (“Chispas II”). *Estudios Constitucionales* 13 (1): pp. 399-416.