

Gladys Camacho Céspedes*

La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora

Segunda Sección: Comisión de Derecho Administrativo
Segunda Sección: Comisión de Derecho Administrativo

I.- Introducción: El Estado de la Cuestión

El presente artículo se formula en el marco que han delineado las sentencias del Tribunal Constitucional identificadas por Roles N° 479 y 480 de 2006, las que si bien no logran esclarecer el confuso panorama en el que la potestad administrativa sancionadora viene desarrollándose, sí tienen la virtud de dejar claramente planteadas las preguntas que aún faltan por resolver en relación con la materia sancionadora y la Administración. Con todo, no hay que olvidar que el supra marco de toda esta discusión jurídica es el nuevo Texto Constitucional que ha surgido de las reformas introducidas en el 2005, a partir de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, lo que ha llevado a algunos a calificarla como una Nueva Constitución. En virtud de estas reformas, la jurisdicción constitucional se ha fortalecido, muestra de lo cual es la atribución que se le ha conferido al Tribunal Constitucional para conocer los recursos de inaplicabilidad, lo que ha permitido al Alto Tribunal entre otras cosas establecer y ordenar los principios que deben regular la potestad administrativa sancionadora mediante los fallos de los reclamos de ilegalidad.

Es materia de consenso admitir que la Constitución Política vigente es un texto normativo que ha ido ajustándose permanentemente con el objeto, principalmente, de responder a las exigencias democráticas del país. Sin embargo, hay postulados básicos que se han mantenido inalterables como son la libertad para ejercer cualquier actividad económica y la restricción (mas no prohibición) de las actividades empresariales del Estado, a partir de lo cual se ha fundamentado el principio de subsidiariedad del Estado, que no deja de ser polémico en la doctrina¹, sobre todo por las consecuencias

* Profesora
de Derecho
Administrativo
Facultad
de Derecho,
Universidad de
Chile.

Directora del Centro
de Altos Estudios
Administrativos.

¹ Vid. RUIZ TAGLE, P., "Principios Constitucionales del Estado Emprendario". Revista de Derecho Público N° 62, 2000, pp. 48-65.

que tendría en orden a estatuir un Estado limitado, idea que en mi opinión no se desprende de la Constitución. En suma, de las disposiciones constitucionales relativas a la materia económica, entre las que destaca el artículo 19 n° 21 de la Constitución Política, se puede ciertamente deducir que el Estado tiene una clara tendencia a no sobredimensionarse y a contar con legitimación sólo para las estructuras relacionadas al cumplimiento de su misión avocada al bien común. Por ello, al mismo tiempo, concluir que el Estado que instaura la Constitución Política es un Estado limitado en cuanto a sus facultades o potestades, entre ellas la sancionadora que es la que nos ocupa en esta oportunidad, es algo que está muy distante de las directrices constitucionales trazadas.

Muy por el contrario, el principio de igualdad que debe guiar la actuación del Estado y el repliegue producido en la actividad empresarial del Estado como agente productor de bienes o servicios ha conllevado que la misión del Estado, ese cometido “*servicial*” al que se refiere la Carta constitucional, se reenfoque a un rol de garantía para los usuarios que no padecerán restricción alguna de sus derechos ni de los logros alcanzados a lo largo de los años. Ello se traduce en que la misión del Estado contemporáneo es el aseguramiento de las reglas de juego tanto en lo social como en lo económico, todo lo cual acentúa fuertemente su función reguladora². Ahora bien, aparejado a este cambio de eje de la actividad administrativa va también el reforzamiento de los poderes públicos relacionados con la regulación, intervención y control sobre las actividades y los operadores que asumen en reemplazo del Estado la organización y gestión de los servicios de utilidad pública, otrora usualmente bajo monopolio del Estado. No se debe dejar de advertir que el Ordenamiento jurídico le confiere al Estado la misión de establecer las exigencias y los mecanismos adecuados para garantizar la protección de los derechos e intereses de los usuarios, pues éste es el responsable de “*contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que (la) Constitución establece*”. Demás está decir que esta labor la ha de llevar a cabo el Estado tomando en consideración las condiciones sociales, económicas, culturales, medioambientales y tecnológicas de la sociedad en que vivimos.

Ahora bien, tratándose de servicios calificados como de utilidad pública por su naturaleza esencial para el buen funcionamiento de la sociedad (como son la energía, telecomunicaciones, agua potable, etc.), lo cual supone una especial exigencia desde la perspectiva del aseguramiento en su prestación, ello ha llevado al constituyente a preocuparse de resguardar el servicio imponiendo severas restricciones, como la prohibición de huelga (Artículo 19 n° 16, último inciso, de la Constitución Política), ya no fundadas en que son servicios estatales sino en que la interrupción de su funcionamiento puede acarrear daños a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a

² En la obra colectiva *Derecho Administrativo Chileno* me he ocupado de la configuración de esta función administrativa. Esta se publicará por la Editorial Porrúa próximamente.

la seguridad nacional. Concordantemente con esta situación, la regulación y la intervención administrativa en estas actividades es particularmente intensa e incisiva y en muchos casos incluyen naturalmente facultades sancionadoras como instrumento para cautelar el cumplimiento de las obligaciones generales y especiales que se imponen a los operadores de los servicios de utilidad pública. Con este fin también se ha montado una red de organismos fiscalizadores denominados superintendencias.

Para que se desarrolle libremente la actividad económica se requiere que el Estado garantice la libre competencia, pues ésta constituye el mecanismo más idóneo para la asignación eficiente de los recursos escasos y la que mejor responde al bien común porque maximiza los beneficios de la sociedad; a ello está ligada la labor del Estado de fijar las reglas del juego en el que se va a desarrollar el mercado y garantizar su cumplimiento de manera que se fomente la libre competencia. Sin embargo, el mercado no es infalible y hay situaciones en las que éste no garantiza la maximización del bienestar por lo que también es necesario que el Estado desarrolle una labor de corrección de estas fallas sin dejar de lado las consideraciones sociales de equidad. Ciertamente, esta tarea igualmente supone la aplicación de técnicas de intervención intensas para lograr que prevalezca el bien común. A esta problemática, entre otras disposiciones, va vinculada la garantía que el artículo 19 n° 21 de la Constitución establece no sólo frente al Estado sino frente a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que pueda afectar la libertad de desarrollar cualquier actividad económica. A tal efecto, destaca la acción constitucional de amparo económico y el sistema de defensa de la libre competencia (integrado por el Tribunal de este nombre y la Fiscalía Económica), pero a la par en el ámbito administrativo también existen numerosas disposiciones que dotan a la Administración de sendas potestades de intervención en la actividad económica que coadyuvan a la defensa de la libre competencia.

Al mismo tiempo hay que observar que los cambios ocurridos en nuestra sociedad encaminada hacia el desarrollo se relacionan con los problemas que éste trae consigo y que son evidentes en las sociedades avanzadas. Me refiero a los riesgos que se producen y que socialmente se exige que el Estado contribuya a neutralizar. De ahí que un amplio sector de la actividad administrativa de hoy se explica y articula en base a la gestión y prevención de riesgos cuya materialización vulnera la efectividad de las garantías constitucionales. Orientado a este objetivo de neutralización o disminución de los riesgos es que se asocian técnicas incisivas de intervención como la sancionadora que aquí analizamos.

Es en el marco de estas limitaciones y condicionamientos que se imponen en el ámbito social y económico y en un sentido amplio como los que conocemos como derivados del orden público (algunos como CURY las denominan *sanciones gubernativas*, nomenclatura derivada de la enunciación clasificatoria que realiza el artículo 20 del Código Penal),- que se analizará la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración, ya que en el ámbito interno o doméstico, vale decir estatutario, ella no es discutida.

Son las sanciones administrativas que impone la Administración como consecuencia de sus potestades ordenadoras, de orden público o de policía especial que despliega en los diversos sectores de la actividad administrativa y que afectan la libertad y propiedad de las personas, las que son materia de cuestionamiento y las que generan la polémica sobre su legitimidad a la luz de los valores del ordenamiento jurídico.

II.- Dos formas de negar la potestad administrativa sancionadora

A pesar de que en los hechos a lo largo de la vida republicana se ha admitido sin mayor discusión la potestad administrativa sancionadora³, con la promulgación de la Constitución Política de 1980 la legitimidad de la potestad sancionadora ha sido cuestionada por la doctrina en reiteradas oportunidades discutiéndose sobre su admisibilidad a la luz del sistema constitucional de heterotutela judicial impuesto por la Carta Política. Desde entonces, en el nuevo entorno constitucional la potestad administrativa sancionadora ha venido siendo rebatida de dos maneras diferentes que difieren en los planteamientos expuestos, sin embargo, las respectivas conclusiones en ambos casos apuntan a lograr el mismo resultado, esto es, la difuminación de la potestad administrativa sancionadora. El primero de los planteamientos formulado con este objetivo (A) niega la potestad administrativa sancionadora en virtud de que ésta sería inconstitucional, y segundo (B) la admite pero reclamando para su ejercicio el cumplimiento de iguales exigencias que las que debe solventar la potestad punitiva en el ámbito penal. A continuación exponemos los argumentos en que se fundan estas dos posiciones.

A) La Negación de la Potestad Administrativa Sancionadora fundada en su supuesta inconstitucionalidad

Bajo este planteamiento la potestad administrativa sancionadora es considerada ilegítima porque se la asimila a una potestad jurisdiccional, insistiendo que ella involucra una acción de juzgar un “delito”, si bien administrativo, delito al fin. Al mismo tiempo se asevera que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora conlleva la imposición de una pena o sanción⁴. Entonces, si juzgar es una acción reservada en

³ En el ámbito del Derecho Público sólo HUNNEUS, insigne representante de las ideas liberales, criticó y disintió de la legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora por considerarla una materia judicial y no administrativa. Vid. La Constitución ante el Congreso, Imprenta Cervantes. Santiago, 1891.

⁴ En el mismo sentido se expresa SOTO KLOSS: “Es un dato inamovible el que la CP 1925 (art. 11-12) y aun antes la de 1833 (art. 33), ha establecido como principio fundamental —y que no admite excepción alguna— el que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente por el tribunal que le señale la ley (establecido con anterioridad al hecho) y por una ley cuya promulgación sea anterior al hecho sobre que recae el juicio. (...) De ello —que es el marco constitucional vigente— aparece que sólo los tribunales de justicia son los habilitados para juzgar contiendas entre partes, y por lo tanto condenar a una de ellas a determinada prestación u omisión; son ellos los únicos que constitucionalmente han sido provistos de potestades jurídicas sancionadoras, esto es para imponer jurídicamente, de acuerdo a Derecho, una lesión, un detrimento, una sanción a un sujeto determinado, natural o jurídico, público o privado. Si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elemental el preguntarse ¿cómo, entonces, el administrador —sea

exclusividad al Poder Judicial por la propia Constitución (artículo 76 CPR), es obvio que cuando la Administración “ *juzga* ” un *delito administrativo* está invadiendo funciones jurisdiccionales. En esta línea argumentativa, ARÓSTICA expresa:

*“No es ninguna novedad que ahora digamos –puesto que antes ya lo había señalado Soto Kloss– que si la CP asegura que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente por el tribunal competente y por una ley cuya promulgación sea anterior al hecho sobre que recae el juicio (art. 19 n° 3, y como antes lo establecían los arts. 11-12 CP 1925 y 133 CP 1983), y que si sólo al Poder Judicial le es permitido ejercer funciones jurisdiccionales, no pudiendo dinamizarlas ni el Presidente de la República (PR) ni ningún órgano administrativo (art. 73 y antes arts. 80 CP 1925 y 106 CP (1833)), resulta que no cabe sino concluir que, si sancionar supone juzgar, tal poder le está vedado a la Administración, pues le pertenece con exclusividad a los jueces.”*⁵

Consiguientemente, bajo esta tesis deslegitimadora y de negación absoluta de la potestad administrativa sancionadora se hace hincapié que la actividad de juzgar estaría reservada en exclusividad por la Constitución a los tribunales de justicia y en consecuencia, ningún otro poder del Estado (en especial, el Presidente de la República ni el Congreso) puede, en caso alguno, ejercer funciones judiciales. Asimismo, la garantía constitucional del debido proceso en materia de imposición de una sanción se la traduce como una exigencia inevitable de la presencia de un juez en un proceso judicial que se encuentre bajo la égida de la Corte Suprema. SOTO KLOSS remata en esta línea argumentativa que: *“de admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración, podría decirse, entonces: Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez”*.⁶ Esta argumentación sirve de fundamento para negar radicalmente la potestad sancionadora de la Administración, con efectos nefastos que concluyen deslegitimando totalmente dicha potestad.

Sin embargo, esta línea argumentativa pasa por alto que bajo la Constitución de 1980 no es correcto afirmar la exclusividad absoluta de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial ya que la propia Carta Magna directamente consagra jurisdicciones paralelas (tales como la electoral que recae en el Tribunal Electoral y la política que recae en las cámaras del Congreso). De otro lado, la Carta Política permite la creación por vía legislativa de otras magistraturas como son los tribunales arbitrales y otros que podrían engrosar el universo institucional (como podrían ser futuros tribunales

el Presidente de la República, un jefe de servicio, un intendente, etc. - puede imponer sanciones administrativas, sean multas, sean comiso, sean clausuras de locales, sean retiros de actos autorizatorios, sean conductas determinas, etc., si carece constitucionalmente de jurisdicción?...” Vid. El Derecho Administrativo Penal, Boletín de Investigaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44/45, 1979-1980, pp. 94-95.

⁵ ARÓSTICA MALDONADO, I., “Algunos problemas del Derecho Administrativo penal”, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales Tomo LXXXV, enero-abril, 1968, p. 42.

⁶ Vid. El Derecho Administrativo Penal, Boletín de Investigaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44/45, 1979-1980, p. 101.

contencioso-administrativos u otros que ejerzan jurisdicción pero que el legislador no los haya querido sujetar a la superintendencia correccional, administrativa ni económica de la Corte Suprema de Justicia). En este sentido abundan dos argumentos expuestos por reconocidos especialistas de la cátedra administrativista, el primero de ellos formulado en relación con el artículo 38 inciso 2º de la Constitución, cuyo texto primigenio consagraba la jurisdicción contencioso-administrativa y el segundo argumento estructurado a propósito de la naturaleza jurídica del Panel de Expertos en materia eléctrica regulado en la Ley General de Servicios Eléctricos, DFL N° 1 de 1982, de Ministerio de Minería.

Respecto a la interpretación del artículo 38 inciso 2º CPR, como ya ha esclarecido PANTOJA⁷ al reconstruir la historia de la citada disposición constitucional, la reforma del texto inicial aprobado por el plebiscito, al cual se le suprimió la referencia a los tribunales contencioso-administrativos, no tuvo como objetivo suprimir dichas magistraturas del mapa institucional de la República sino más bien a dar mayor fuerza a la preocupación central por los derechos de las personas evitando la indefensión, por lo que es perfectamente factible considerar que en el futuro el legislador pueda crear estos tribunales sin que estén integrados en el Poder Judicial y sin que ello signifique contravención constitucional.

El segundo planteamiento lo desarrolla VERGARA BLANCO⁸, quien advierte que existe “*la tentación de extrapolar la acepción orgánica de jurisdicción, para llegar a afirmar que todo órgano instituido para ejercer la potestad de jurisdicción, debe formar parte del Poder Judicial*”⁹ Con ello lo que se produce es la confusión de lo jurisdiccional restringiéndolo a los órganos que integran el Poder Judicial, obviando que lo jurisdiccional es primero que nada una función que puede ser cumplida por todos los “*tribunales establecidos por la ley*” (art. 76 inc. 1º in fine, CPR) sea que integren o no el Poder Judicial, como sería el caso del Panel Eléctrico, el cual según Vergara Blanco, es un órgano independiente que ejerce jurisdicción pero que no está sujeto a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia.

Siguiendo con la crítica a esta línea argumentativa que niega la potestad sancionadora de la Administración sin la presencia de un juez, se advierte que en ella hay implícita una supra valorización de las bondades del proceso judicial en cuanto garante imparcial de la libertad, por cuanto sería el único que aplicaría justicia con imparcialidad y objetividad. Concordantemente, con esta sobrevaloración de la actividad judicial se cuestiona la potestad de autotutela ejecutiva que posee la Administración sobre sus propios actos lo que tiene una especial efectividad en materia sancionadora. De

⁷ Vid. PANTOJA BAUZÁ, R., Una nueva perspectiva de comprensión del Artículo 38, Inciso 2º, de la Constitución Política de la República”, en Gaceta Jurídica N° 278, agosto 2003, pp. 40-49.

⁸ VERGARA BLANCO, A., El Contencioso Administrativo en materia Eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del “Panel de Expertos”, en obra colectiva Justicia Administrativa coordinada por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Lexis Nexis, 2005, pp. 241-270.

⁹ Ibid. p. 257.

este modo, se niega la facultad sancionadora de la Administración si previamente no ha existido un proceso judicial que declare por un juez la constitucionalidad y legalidad de la sanción. Se argumenta que nuestro sistema de heterotutela de protección consagrado en la Constitución no sólo se impone frente a los privados sino también frente a los actos de la Administración¹⁰ basados en un sistema judicialista histórico que tendría tradición jurídica y sustento en el ordenamiento constitucional desde la Carta Política de 1833¹¹ y que se refuerza en el Derecho comparado¹². Sin embargo, esta argumentación obvia:

- 1) En primer lugar, la crisis profunda que el sistema judicial viene sufriendo, que lo hace poco confiable para los ciudadanos e ineficiente en su tarea principal que es la administración de justicia oportuna¹³. Las razones que se esgrimen para explicar este dato de la realidad son diversas, desde la insuficiencia de recursos materiales hasta la forma de selección de los jueces y organización de los tribunales. En fin, las supuestas ventajas y garantías de este sistema judicial distan mucho de su materialidad práctica. En este contexto, con el objeto de descongestionar la labor de los tribunales y permitir que éstos se avoquen a los casos de mayor gravedad, vientos despenalizadores han recorrido diversos países propiciando reformas penales que han tenido en la *conversión* de ilícitos penales en ilícitos administrativos un apoyo para agilizar la labor de los tribunales ordinarios. El propio artículo 20 del Código Penal al señalar que las medidas en él contenidas “*no se reputan penas*” ha sido visto como una muestra del intento del legislador por conciliar los postulados de la separación de poderes con las exigencias prácticas a fin de evitar que los tribunales se vean agobiados con un gran número de asuntos sin importancia que entorpecerían considerablemente

¹⁰ ARÓSTICA, I., concluye que “*No cabe duda entonces, a la luz del régimen constitucional chileno, que a la Administración le compete “conservar” el orden público interno, vale decir, le está encomendado remover los obstáculos o trabas puestas por particulares a ese orden, o impedir que se consumen sus efectos; mas la represión, el castigo, la sanción por infracciones a sus propias disposiciones, de cualquier orden, está a cargo del juez imponerla al culpable, ya de oficio, ya por denuncia o requerimiento de los agentes administrativos, y cumplido previamente el racional y justo procedimiento que el Derecho Natural reclama y que hoy asegura la CP 1980 (art. 19 n° 3 inc. 5°).*” En “Algunos problemas...”, op. cit., p. 43.

¹¹ SOTO KLOSS, al respecto es enfático en decir: “*Contra ello [la visión que identifica la imperatividad del acto administrativo con la autotutela ejecutiva] es que vengo en reaccionar, y no sobre la base de autores foráneos, sino de nuestro propio régimen jurídico vigente, y de nuestra propia tradición jurídica*”. Op. cit. p. 96.

¹² Como es el caso de los países anglosajones sujetos al sistema del “*common law*” y de los países de la órbita románico continental, Francia e Italia. Vid. al respecto Soto Kloss, El Derecho Administrativo Penal, op. cit. pp. 95-103 y PARADA VÁSQUEZ, J.R., El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal, en RAP n° 67, 1972, pp. 41-93.

¹³ Como señala el profesor CURY el dogma del monopolio de la función punitiva del Estado en manos del Poder Legislativo y el Poder Judicial fue producto del triunfo de las ideas liberales; aunque duda mucho que se haya cumplido de manera rigurosa, ello era factible con un Estado limitado, pero cuando éste, obligado por las circunstancias, asume actividades más vastas y complejas, “*la pretensión de exigir una intervención formal de los tribunales para la sanción de toda infracción administrativa se volvió sencillamente utópica*”. Vid. Algunas Reflexiones sobre la Relación entre Penas Penales y Administrativas, en Boletín de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Años V-VI, N° 44 -45, 1979-1980, pp. 86 y siguientes.

su actividad¹⁴. Como consecuencia de este proceso se formula el principio penal moderno de *intervención mínima*, reservando la actuación del aparato punitivo a aquellos casos cuya importancia o trascendencia admita como más adecuada la sanción recurriendo a la pena; todo lo demás se deja a otros instrumentos (entre ellos el punitivo administrativo) para su solución o tratamiento; y

- 2) La hoy discutida calidad de la justicia, basada en una correcta por imparcial y objetiva administración de justicia que no logra librar de sospecha la aplicación del Derecho que realizan los tribunales. Estudios sobre la discrecionalidad de los tribunales han puesto en evidencia que las sentencias deben más a elementos subjetivos del juzgador que a los elementos objetivos (normas) cuya interpretación por parte de los tribunales no es uniforme¹⁵. Todo lo cual configura un panorama que dista mucho de ser una situación libre de cuestionamiento y por tanto desmiente que la solución idílica sea reservar en exclusiva a los tribunales el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que ello *per se* sea la solución correcta.

Más aún, el supuesto también implícito en esta tesis, cuya consecuencia es negar absolutamente la constitucionalidad de la potestad administrativa sancionadora, es la identidad ontológica entre el “*ilícito administrativo*” y el “*delito penal*” con sus respectivas consecuencias jurídicas que se traducen en sanción administrativa y sanción penal. Como manifestación de esta identidad “*ontológica*” entre infracción administrativa-delito y sanción administrativa - pena, se denomina Derecho Administrativo Penal (CURY) a esta rama jurídica que se fracciona del Derecho Administrativo y se la tiende a constituir como una especialidad del Derecho Penal. El basamento de este planteamiento es que constituyendo tanto la potestad administrativa sancionadora como la potestad punitiva penal partes integrantes del *ius puniendi* estatal, no existen diferencias sustanciales entre estos dos institutos, “*la sanción*” y la “*pena*”, pues, en tanto castigos comparten una misma naturaleza. Como se observa el *quid* de la argumentación es que infracción y delito comparten una misma esencia y la única diferencia que puede establecerse entre ellos es cuantitativa¹⁶. Lo que sucede con esta

¹⁴ Ibid. p. 90.

¹⁵ Vid. al respecto SEGURA ORTEGA, M., Sentido y límites de la discrecionalidad judicial, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006 y RENTERÍA, A., Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, Universidad Autónoma de Chihuahua, México, 2002.

¹⁶ En esta línea CURY, op. cit., afirma que en su opinión “la diferencia entre el ilícito gubernativo (administrativo) y el penal es exclusivamente cuantitativa” (p. 89), que “*la diferencia consagrada por el art. 20 (C.P.) no tiene pretensión material alguna*” (p. 90) y por otro lado refiriéndose a este mismo precepto señala que “*disposiciones de esa clase no pueden mudar la naturaleza de las cosas*” (91). ARÓSTICA, I., precisa “*el Código (Penal) nunca ha dicho que las sanciones administrativas “no son” penas, ya que el mismo verbo empelado (“no se reputan” tales) subraya en forma expresa el carácter artificial de la distinción*” (p. 44-45), “*prueba de que no existe separación ni diferencia de fondo entre injusto criminal - injusto administrativo, y que el legislados los clasifica previamente de mayor a menor gravedad según un criterio valorativo puramente político...*” (p. 45). Por su parte RODRÍGUEZ COLLAO indica que “*Si nos situamos en una perspectiva intermedia, no existe inconveniente para llamar tanto al castigo que aplican los tribunales a quien ha ejecutado un delito, como a la sanción que impone un órgano de la Administración a quien ha cometido una infracción extra-delictual*” (p. 124) y que “*entre las llamadas faltas delictuales y contravencionales sólo existe diferencia cuantitativa –no cualitativa-, de modo que en nuestro Derecho todas las faltas constituyen ilícitos*

argumentación es que su elemento básico se sitúa en un plano (el del “ser” de las cosas) en el que difícilmente se pueden generar consensos que permitan progresar en la estructuración del régimen jurídico de las sanciones que se catalogan como administrativas. 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, lo cual no genera conflicto alguno y muy por el contrario, sirve para proporcionar mayores garantías al tráfico jurídico de estos bienes. Este es el caso claramente de los ilícitos administrativos y de las sanciones administrativas, por lo que carece de objeto reparar en la naturaleza o esencia ontológica de los mismos o en las diferencias cuantitativas que hay entre ellas, ya que ello no va asociado necesariamente a un régimen jurídico establecido¹⁷. Lo que sí vincula al legislador son las directrices constitucionales, principalmente, aquellas que se desprenden del régimen de garantías que la Carta Magna consigna, por lo que es en ellas donde habrá que encontrar las claves para la regulación de la potestad administrativa sancionadora.

B) Negación de la Potestad Administrativa Sancionadora por la subordinación incondicional del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal

La segunda vía de argumentación que también persigue el mismo objetivo negador de la potestad administrativa sancionadora parte de la resignada aceptación de la existencia de la potestad sancionadora de la Administración pero sosteniendo que es ineludible que ella se aplique con arreglo a los principios del derecho penal sin variación de su contenido dogmático. ARÓSTICA elocuentemente lo expresa de este modo “frente al monstruoso potenciamiento y masificación de los poderes administrativos para sancionar, e interin se cuestiona el problema de fondo que es su inconstitucionalidad manifiesta, bien vale como paliativo el trasvasar a esta rama del derecho los principios y garantías que orientan al derecho penal”¹⁸. En consonancia con la identidad material de la potestad sancionadora de la Administración y la potestad punitiva penal de los Tribunales (pues en ambos casos derivan del exclusivo y único *ius puniendi* del Estado), ambas potestades se deben regir por los mismos principios. Esto significa que las superiores exigencias construidas y perfiladas para el Derecho penal deberán ser aplicadas al

penales, y en este carácter les son aplicables todas las normas de carácter general que consagra el Código Penal, para la generalidad de los delitos.” (p. 127) en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Año XI., 1987, p. 117-163.

¹⁷ Vid NIETO GARCÍA, A. La potestad administrativa sancionadora, Editorial Civitas, 2002, 3ª Edición ampliada, Madrid, quien en el capítulo referido a la sustantividad de esta potestad proporciona una profunda argumentación sobre lo inoficioso de esta discusión.

¹⁸ ARÓSTICA, I., “Un lustro de sanciones administrativas”, Revista de Derecho Público Nº 50, julio-diciembre, 1991, p. 189.

Derecho administrativo sancionador. El problema que de ello se deriva es que, en mi opinión, suponer que en ambos casos las exigencias derivadas de principios como el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, entre otros, puedan ser las mismas en el ámbito administrativo como en el penal lleva en los hechos a la inoperatividad de la potestad sancionadora por parte de la Administración.

Este planteamiento que aquí identificamos ha sido formulado entre otros por SOTO KLOSS, el cual destaca que *“suele haberse olvidado en materia administrativa sancionadora, sea correctiva sea disciplinaria, y fruto de un estatismo desorbitado y un menosprecio por los derechos de las personas, que dicha materia es un aspecto de lo penal y, por ende, deben serle aplicados los principios fundamentales del derecho sancionador”*¹⁹. Igualmente ARÓSTICA, resignándose a dar una respuesta efectiva, afirma que *“la prudencia impone una segunda vía, una respuesta paliativa y parcial pero efectiva, sobre la base de hacer concurrir, en forma copulativa, tres factores distintos:... b) consentir en manos de la administración un poder represivo mínimo, no tanto en cuanto a cantidad sino en cuanto a retomar a aquella levisima posibilidad prevista por el Código Penal, y susceptible de control judicial, y c) para tal efecto, proyectar sobre este poder los principios jurídico-penales garantizadores de los derechos fundamentales...”*²⁰. Finalmente, en la misma línea de argumentación VERGARA BLANCO precisa: *“El ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad y sus derivados (culpabilidad y non bis in idem). En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo ius puniendi del Estado. Entonces, los principios conocidos generalmente como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador, y tales principios tradicionales del derecho penal se aplican a la esfera sancionatoria administrativa.”*²¹

Esta segunda formulación, que al cabo tiene también como resultado negar la legitimidad de la potestad sancionadora, ha sido recientemente expresada en la reclamación de ilegalidad presentada por las compañías eléctricas San Isidro S.A., Empresa Nacional de Electricidad, S.A. Pehuenche S.A. y Pangué S.A., contra la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, tramitada ante el Tribunal Constitucional en causa Rol N° 479, y en cuya sentencia el Tribunal en los Vistos resume las consideraciones que a este efecto las compañías presentaron con las siguientes palabras: *“La facultad para imponer sanciones, continúan argumentando los requirentes, emana de la potestad sancionadora del Estado, cuyas vertientes son la potestad sancionadora penal y la potestad*

¹⁹ En su comentario sobre fallo de fecha 24 de marzo de 1992 recaído en Recurso de Protección y pronunciado por la Corte Suprema de Justicia, en RDJ T. 89, 1992, 2.5, p. 28.

²⁰ ARÓSTICA, I., “Algunos problemas...”, op. cit., p. 48.

²¹ VERGARA BLANCO, A., “Las sanciones de la SEC a las empresas eléctricas de frente al Estado de Derecho. Principios del ius puniendi que debe respetar la SEC, en <http://www.editec.cl/electricidad/Elec76/articulos/vergara.htm> (consulta 1º agosto 2006)

sancionadora administrativa, cuya constitucionalidad precisamente cuestionan las actoras. ... Argumentan las actoras que la naturaleza y principios constitucionales que informan el Derecho Administrativo Sancionador son los mismos que sostienen al Derecho Penal. Es necesario entonces que el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado observe ciertos principios y garantías esenciales, que emanan del único ius puniendi del Estado y que se aplican naturalmente a la otra vertiente de este ius, el derecho penal. Así, resulta absolutamente necesario que se establezca con claridad los límites y posibilidades de acción de la Administración para la protección y respeto de los derechos de las personas. ... Invocando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las requirentes concluyen que el ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa debe respetar en su ejercicio los mismos principios de legalidad y tipicidad, así como también sus derivados (culpabilidad y non bis in idem). Aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, respecto de ambos, por su unidad material y aunque el procedimiento sea distinto, se ha de respetar el principio de fondo: el ius puniendi del Estado.

Respecto de esta argumentación deslegitimadora de la potestad administrativa sancionadora se puede advertir que la asimilación al Derecho Penal no es sino una estrategia para neutralizar los poderes sancionadores de la Administración. Este objetivo final es inconducente por cuanto ya el propio Tribunal Constitucional ha admitido la existencia del poder sancionador de la Administración. Ahora bien, la finalidad que se persigue es que los principios del Derecho Penal tengan el mismo contenido semántico en su aplicación dentro del ámbito administrativo. Se desconoce con ello que la Constitución Política contiene referencias al poder punitivo que ya el propio Tribunal Constitucional ha aceptado no sólo se refieren al ámbito penal sino que se extiende de modo general al ejercicio del poder sancionador (este es el caso de la acepción "culpable" en el artículo 19 nº 3 CPR). Sin embargo, esta conclusión no habilita a transvasar mecánicamente los principios penales al ámbito administrativo, ya que no es indiscutible que los institutos vgr. de tipicidad y culpabilidad tengan el mismo contenido dogmático en el ámbito administrativo sancionador que en el ámbito penal. Lo contrario sería precisamente negar la autonomía del Derecho Administrativo en su especialidad sancionadora y subordinarla no a la Constitución, como efectivamente procede, sino a otro Derecho Público como el Penal, lo cual no tiene fundamento constitucional.

En definitiva, como se advierte de los párrafos anteriores ambas posiciones buscan la misma solución práctica: la potestad sancionadora no podría ejercerse porque ella carece absolutamente de legitimidad o bien porque es evidente que las exigencias derivadas de la aplicación de los institutos del Derecho penal no son posibles de cumplir por el Derecho administrativo sancionador si se interpretan con el mismo contenido prescriptivo. Con ello no se quiere intentar revivir una vieja discusión orientada a defender la autonomía de la disciplina frente a otras ramas jurídicas negando la validez del préstamo de instituciones que desde otras ramas del derecho pueden beneficiar el acervo institucional del Derecho Administrativo y su perfeccionamiento. De hecho, el préstamo de instituciones no es nada nuevo en nuestra ciencia jurídica como ya lo

ha puesto en evidencia MARTÍN RETORTILLO²², lo que no significa que dichos institutos al transvasarse al acervo administrativista lo hagan guardando su significado original, sino que por el contrario este paso supone un proceso en el que las instituciones trasegadas necesariamente se imbuyen de los fundamentos administrativistas y variarán su significado normativo para lograr una interpretación armónica con la disciplina administrativa y los fines que en ella han de cumplir. Si bien en estos casos lo común es que se guarden las denominaciones de los institutos jurídicos, sin embargo, el accertamiento de su significado será una tarea que ha de enfrentarse a partir de los diferentes fines que dicha institución ha de cumplir en la ciencia administrativa.

Sólo a partir de las consideraciones expresadas precedentemente es que se puede compartir la aceptación unánime que ha tenido la prédica de transvasar los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador por cuanto por todos es conocido que dicha disciplina ha tenido un mayor desarrollo y perfeccionamiento de las instituciones punitivas en consonancia con las garantías que deben otorgarse al ciudadano cuando su libertad es el bien que puede resultar afectado. Así lo expresan los principios de legalidad, reserva legal y en especial, su concreción a través de la tipicidad, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional recogiendo sin solución de continuidad la doctrina que los Tribunales de Justicia venían estableciendo desde hace algunas décadas. Al respecto las STC N°s 479 y 480 ambas del 2006 hacen una referencia a la reiterada jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia había elaborado con anterioridad a la Constitución de 1980, de tal modo que en el fallo el Alto Tribunal afirma: *“Que la aplicación de las garantías constitucionales de la tipicidad y de la legalidad al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno (Considerando décimo).*

Sin embargo, del mismo modo como se ha expresado la aceptación de la doctrina que impulsa el préstamo de las instituciones del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador también se ha de ser claros y enfáticos en cuanto a que el contenido prescriptivo de estas instituciones transferidas no puede ser el mismo en una y otra disciplina²³. Precisamente por ello, a encontrar y perfilar su significado en la ciencia administrativa se han de dedicar los mayores esfuerzos constructivos, pero esta labor ha de ser cumplida a partir de una aceptación leal (no de resignación) de la legitimidad de la potestad administrativa sancionadora cuya existencia no se puede seguir negando

²² MARTÍN RETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1.996.

²³ Un ejemplo de esta aseveración es lo destacado por NIETO respecto de la institución de la culpabilidad, ya que derivado de que en el ámbito administrativo sancionador el repertorio de ilícitos es inabarcable, no es infrecuente cometer ilícitos administrativos sin tener conciencia de ello. *“Por tanto –recalca NIETO– si la culpabilidad se concibe como conciencia y voluntad de alcanzar un resultado ilícito y se ignora –de hecho– que es ilícito, el sistema que por su propia fase. En consecuencia, si nos atenemos a la culpabilidad en el sentido penal, el Derecho Administrativo Sancionador se disuelve y queda sustituido por un juego de ficciones y presunciones”*. En *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 347.

ni pretendiendo eliminar a través de interpretaciones “*paliativas*” que busquen en realidad difuminarla.

III: Los zigzagueantes caminos de la Jurisprudencia

Aceptados los postulados sobre la conveniencia de prestar ciertos institutos del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, es conveniente ver en qué términos este préstamo se ha de realizar a criterio del Tribunal Constitucional.

Es de destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando en el sentido de alejarse de las interpretaciones negadoras de la potestad administrativa sancionadora ligadas a una transposición directa de los principios del Derecho Penal que, como se ha explicado, amenazan con diluir dicha potestad, y ha transitado a una posición en que no sólo reconoce dicha potestad sino que establece que la aplicación de los principios del Derecho Penal debe ser matizada. Se ha de observar que la fraseología utilizada por el Alto Tribunal en un primer momento introduce confusión, porque si bien éste aceptó el planteamiento formulado desde antaño por los Tribunales Ordinarios²⁴ y por la Jurisprudencia Administrativa²⁵ en torno a que son de aplicación las garantías del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, al parecer no hace mención a posibles graduaciones en su aplicación sino más bien a excepciones a esta aplicación, por cuanto se puede interpretar que para el Tribunal Constitucional en una primera instancia podrían ocurrir dos tipos de situaciones en materia sancionadora: (1) unas situaciones en las que se aplican invariablemente las garantías del Derecho Penal y (2) otras situaciones en las que se exceptúa esta aplicación. Además está señalar que esta interpretación sería preocupante pero, como se detallará más adelante, en la actualidad nos parece despejada. En tal sentido, tenemos los siguientes fallos:

- STC N° 244 de 1996: “9º. *Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;*”. En este caso, se advierte

²⁴ Estos tribunales fueron pioneros en aplicar analógicamente las instituciones del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, principalmente el principio de legalidad y su derivado de tipicidad, como refiere la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 479 de 2006 que cita en su considerando décimo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en un fallo de inaplicabilidad de 31 de marzo de 1966. Otras sentencias de la Corte Suprema en el mismo sentido son las del 24 de enero y 29 de enero, ambas de 1991 y publicadas en RDJ N° 88, 1991, sec 5ª, p. 33 y p. 51 respectivamente.

²⁵ La Contraloría desde hace varias décadas que viene aplicando los principios del Derecho Penal en lo relativo a la materia administrativa sancionadora (ver dictámenes N° 45.905 y 88.303 de 1976, y 20.991 de 1984 entre muchos otros). En consonancia con ello el Dictamen N° 31.239 de 2.005, a la luz de lo que los tribunales ya habían expresado, formula la siguiente aseveración: “*La potestad sancionadora de la Administración es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, de manera tal que, al tener ambas el mismo origen, deben respetar, en su ejercicio, los mismos principios generales del derecho sancionador, que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes*” (ver también Dictámenes N° 50.013 bis de 2000 y 14.571 de 2005).

que el Tribunal hace una precisión importante con la frase “*por regla general*” implicando que podrían darse excepciones o casos en los que estos principios no se apliquen.

- STC N° 437 de 2005, recaída sobre el proyecto de ley que modifica el D.F.L. N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y construcciones; en este caso el Tribunal no hace mención a posibles matizaciones: “*DÉCIMO SÉPTIMO.- Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 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, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido.”*

Más recientemente el Tribunal Constitucional ha hecho importantes precisiones en las sentencias 479 y 480 de 2006, de donde se deduce con mayor claridad que la aplicación de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador no es mecánica sino que ésta debe sufrir graduaciones, con lo cual se despeja la inquietante posibilidad de interpretar que algunos casos se podrían eximir de esta aplicación. El Alto Tribunal parte de la constatación de que las sanciones penales y las administrativas tienen diferencias, de ahí es que se esclarece que la aplicación de las garantías punitivas no tiene por qué ser coincidente en el ámbito penal y en el ámbito administrativo, dejando abierta la posibilidad de armonizar la interpretación de estos principios y darle un contenido semántico apropiado a las particularidades del Derecho Administrativo Sancionador. La Sentencia N° 479 lo expresa de este modo:

- *Octavo*²⁶: *Que, a la misma conclusión consignada en el considerando sexto de sujeción de la actividad sancionadora de la administración al principio de lega-*

²⁶ En la STC N° 480 de forma similar se afirma: “*Quinto: Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado ius puniendi- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19.”*

lidad, ha de arribarse en virtud de lo prescrito en el artículo 19 N° 3 del Texto Fundamental. Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Finalmente, abundan a favor de nuestra argumentación que identifica la tendencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer no sólo la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración sino su autonomía disciplinar, dos datos: 1º El hecho que el Tribunal Constitucional se refiera al artículo 19 en especial al numeral 3º como conformador de un “*estatuto constitucional*” aplicable a cualquier “*diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado*”, lo que lo conecta directamente al Derecho Administrativo Sancionador con la Constitución sin que se deba recurrirse a la intermediación del Derecho Penal; y 2º El dato que el Tribunal Constitucional haya adoptado en sus diversos fallos (Nº 244 de 1996, 479 y 478 de 2006) la denominación “*Derecho Administrativo Sancionador*”, prescindiendo de referirse a éste con la expresión “*Derecho Penal Administrativo*” con las ya conocidas implicaciones que esta denominación tiene en orden a subordinar la materia administrativa sancionadora al Derecho Penal y convertirla en una especialidad del mismo. Como señala NIETO, *el Derecho Administrativo Sancionador es ante todo Derecho Administrativo y es necesario recuperar su fibra administrativa dentro del Derecho Público y no subordinarlo al Derecho Penal.*

IV Conclusión

El admitir la legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora a la luz de lo expresado no equivale a obviar que la misma, una vez reconocida su legítima existencia, debe ser ejercida sujeta a límites y condicionamientos que son inherentes a toda facultad y que afectan la capacidad de ejercicio de la misma. En eso precisamente consiste la tarea más importante en esta materia y a la que seguiremos dedicándonos en otras futuras contribuciones.