

# Los principios del derecho administrativo sancionador

## 1. Orígenes

Ya en 1859, Santiago Prado, en su *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, primer libro de Derecho Administrativo en Chile y Latinoamérica<sup>1</sup>, le reconocía a la Administración potestades sancionadoras, las que consideraba necesarias, si no imprescindibles, para obtener de los particulares el cumplimiento de sus deberes administrativos. Para este célebre autor, dichas potestades contravenían el dogma *rousseauiano* de la división tripartita de poderes, y por ello su atribución sólo podía ser excepcional y limitada. En tanto excepcional, sólo la ley podía atribuir tales potestades, la cual, en su concepto, “delegaba” a la Administración atribuciones originalmente propias de los Tribunales de Justicia. Y en tanto limitadas, las sanciones aplicables por la Administración no podían exceder la “simple corrección o por vía de disciplina”, pues las que excedían la “simple corrección”, atendida su gravedad y lesividad, debían ser de resorte exclusivo y excluyente de los Tribunales de Justicia<sup>2</sup>.

En concordancia con los planteamientos del profesor Santiago Prado, el Codificador Penal, en 1875, le reconoció a la Administración potestades sancionadoras, y del

<sup>1</sup> Cfr. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*. Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, 1949, p. 49, quien ha planteado que “La primera expresión del derecho administrativo en América Latina corresponde a Chile. En 1859 se publicó en Santiago el libro: “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional”. Esta obra se atribuye a don Santiago Prado”.

<sup>2</sup> La posición del mencionado autor puede observarse en el siguiente párrafo extraído de su *Principios Elementales de Derecho Administrativo*: “La independencia de la administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniarias dentro de los límites de la simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega en la administración esta parte de funciones propias del orden judicial, a fin de robustecer su acción y completar su existencia, reservando el conocimiento de las causas graves y de los delitos contra la autoridad a los jueces competentes” Prado, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, Santiago 1859, p. 24.

mismo modo, estableció que ellas debían ser excepcionales y limitadas. En efecto, las sanciones que podía aplicar la Administración no debían exceder las señaladas en su Libro III, salvo que la ley expresamente dispusiera lo contrario<sup>3</sup>.

Si bien tanto la doctrina como la legislación reconocieron potestades sancionadoras a la Administración, tal como hemos visto precedentemente, algunos autores cultores del liberalismo de finales del siglo XIX cuestionaron su constitucionalidad. Así por ejemplo, Jorge Huneeus en su célebre *La Constitución ante el Congreso*, señaló que a la luz de la Constitución sólo el juez puede imponer penas, y no porque éstas se encuentren establecidas en una ley especial distinta al Código Penal pierden tal calidad y legitiman a una autoridad distinta a los Tribunales Ordinarios de Justicia para aplicarlas<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de la posición crítica de Huneeus, la doctrina, por regla general, reconoció la necesidad de atribuir a la Administración potestades sancionadoras, especialmente a efectos de coaccionar a los particulares para obtener de éstos el cumplimiento de sus deberes administrativos, aunque con carácter excepcional y limitado, hasta bien avanzado el Siglo XX<sup>5</sup>.

## 2. Elefantiasis

Durante el Siglo XX, y especialmente en sus últimas décadas, por múltiples razones, varias leyes atribuyeron potestades sancionadoras a múltiples organismos administrativos<sup>6</sup>. Y en este sentido, el profesor Aróstica Maldonado ha señalado que “a poco andar el siglo XX, la referencia cuasi marginal que el artículo 501 hacía a las “leyes especiales”

<sup>3</sup> En efecto, el artículo 501 del Código Penal señaló: “En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este Libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales”.

<sup>4</sup> Este autor señaló al respecto que “la facultad de aplicar penas debe ser y es constitucionalmente del resorte exclusivo del Poder Judicial”, agregando que “No se concibe cómo un hecho al cual la ley no señala pena pudiera ser delito, y cómo es posible que, señalándose una ley especial, sólo porque ésta no tiene el nombre o título de Código Penal, o sólo porque no forma parte de éste, ese hecho puede ser castigado por otra autoridad que los Tribunales Ordinarios de Justicia. Según este curioso sistema, el hecho prohibido y castigado por la ley era o no era delito, tomando en cuenta solamente si esa ley formaba o no parte del Código Criminal, según las palabras de nuestra Ley de Régimen Interior. ¿Es concebible absurdo semejante?” Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Imprenta Cervantes, Santiago 1891, T II, p. 234.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, un libro intitulado *Derecho Administrativo*, sin autor, de 1929, señala en este sentido que: “La potestad correctiva, como se ha dicho, se aplica a los administrados cuando infringe alguna disposición administrativa. Esta potestad se contiene en la ley, pero más generalmente en los reglamentos orgánicos y se le da a la autoridad correspondiente y al jefe del servicio. Las correcciones no tienen el carácter de pena. En primer lugar por su naturaleza misma y en segundo, porque, como dijimos en otra ocasión, así lo establece el art. 20 del Código Penal. De eso se deduce que las correcciones no producen el efecto que llevan aparejadas las penas, como inhabilidad, etc. Las correcciones tiene un segundo carácter distintivo y es el no poder constituir un castigo mayor que el del Código citado impone a las faltas, salvo que la ley administrativa disponga otra cosa. Esto lo prescribe el art. 501 del Código Penal”. Autor desconocido, *Derecho Administrativo*, 1929, p. 48.

<sup>6</sup> Cfr. Fuentes H, M, *Derecho Administrativo Penal*, Editorial Universitaria, Santiago 1954. Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica”, *Revista Chilena de Derecho* N° 2 Vol. 30° 2003, p. 271 y ss.

abre las puertas, de par en par, a los poderes sancionatorios administrativos, por medio de un cúmulo enorme e incoherente de preceptos legales en tal sentido”<sup>7</sup>.

Del mismo modo, durante este período, y especialmente en la última década, es posible constatar reformas legales que han aumentado exponencialmente la lesividad de las sanciones que la Administración puede aplicar. Así por ejemplo, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en virtud de una reforma legal reciente, hoy puede aplicar sanciones que pueden llegar hasta la multa de 10.000 Unidades Tributarias Anuales, es decir, del orden de los tres mil seiscientos millones de pesos<sup>8</sup>.

Estos dos fenómenos: el aumento galopante de los organismos administrativos facultados por ley para aplicar sanciones, así como el aumento exponencial de la lesividad de éstas, constituyen lo que hemos llamado *elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración*. *Elefantiasis* que ha sido criticada por algunos autores, quienes ven en ella un contrasentido al llamado “fin del estatismo” y una irrupción desmedida de la Administración en el libre juego de las leyes del mercado<sup>9</sup>. Posición que nosotros no compartimos, pues consideramos que, por sí, esa *elefantiasis* no es reprochable, sino más bien una necesidad, si no un deber, a la hora presente. Las razones que nos llevan a sostener aquello son, en síntesis, las siguientes:

1. En la sociedad posmoderna es posible distinguir dos clases de particulares: los “particulares normales” y los “particulares poderosos”. Son “particulares poderosos” las personas naturales, jurídicas o agrupaciones de personas, que por su experticia detentan importantes poderes como lo son el dominio de la técnica, la ciencia, la economía, etcétera<sup>10</sup>. Y quienes no están comprendidos en esta definición son –somos– los “particulares normales”.
2. Los poderes que hoy detentan los “particulares poderosos” superan con creces los de la Administración. En efecto, los particulares expertos determinan, finalmente, qué productos eléctricos son o no peligrosos para las personas y cosas, si un remedio es o no dañino para la salud, si la telefonía celular importa riesgos para la salud de las personas, si la actuación de un profesional es o no contraria a la ética, etcétera.

<sup>7</sup> Aróstica Maldonado, Iván. Algunos Problemas del Derecho Administrativo Penal. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 182 (1987), p. 77.

<sup>8</sup> Monto ampliado a tal cantidad por la ley N° 19.613, luego de los sucesivos apagones –llamados también black out– y racionamientos de energía sufridos durante el año 1998.

<sup>9</sup> Sostiene al respecto Aróstica que “Resulta verdaderamente paradójico comprobar que mientras se viene abogando por el “fin del estatismo”, esto es, por el término o al menos la reducción de omnímodos poderes en manos de la Administración, en aras de concretar el justo equilibrio que entre éstos y los derechos de los ciudadanos requiere una sociedad verdaderamente libre, no se ha reparado mientes en la conservación e incluso aumento que han experimentado sus potestades sancionadoras con respecto a esos particulares”. Aróstica Maldonado, Iván, op. cit., p. 71.

<sup>10</sup> Esteve Pardo, José, Técnica, riesgo y Derecho, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1999.

En este sentido, señala Bassols Coma: “Lo más significativo en la actualidad, sin embargo, no reside tanto en esta actuación instrumental o servicial del Derecho administrativo, sino en la circunstancia de que la Ciencia y la Tecnología en su creciente expansión están penetrando en el corazón mismo del Derecho administrativo. El desarrollo de las llamadas Nuevas Tecnologías ha obligado en la última década del siglo XX a renovar todo cuadro dogmático del sistema de prestación de los servicios públicos. La invasión de la terminología científica y técnica en el lenguaje jurídico-administrativo es sólo la manifestación epidérmica de un fenómeno más profundo que amenaza la autonomía de las decisiones administrativas, que son progresivamente desplazadas por las instancias científicas y tecnológicas con las correspondientes consecuencias en orden al control judicial de la Administración y la aparición de nuevas instancias de valoración ética cuando inciden en los problemas de la vida o de evaluación preventiva ante riesgos por los propios avances científicos y técnicos”<sup>11</sup>.

3. Ese “poder” en manos de los “particulares poderosos” –a veces agrupados incluso en el plano supranacional- representa un riesgo inconmensurable para los “particulares comunes” e incluso para la Administración.

Sobre esta nueva realidad, Nieto García ha dicho que “la Administración Pública, antes tan enérgica, ha terminado rindiéndose ante unos intereses capitalísticos que, para mayor fuerza, superan las barreras nacionales. Y es aquí cabalmente donde está el mayor peligro. La nueva misión del Derecho Administrativo consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y a la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias Administraciones”<sup>12</sup>. Quien, además, ha señalado que “A medida que la sociedad se va complicando tecnológicamente, se convierte de forma progresiva en una “sociedad de riesgo”; con la consecuencia de que el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos”<sup>13</sup>.

4. Pues bien, el Estado –y su Administración- no pueden quedar en la inacción y dejar que los particulares usen y abusen de esos poderes, y creen riesgos, bajo la lógica egoísta de un capitalismo desquiciado. El Estado está al servicio de la persona humana y debe propender al bien común. O sea, tiene el deber de encauzar el actuar de estos “particulares poderosos” dentro de límites que armonicen con el interés general y colectivo.

<sup>11</sup> Bassols Coma, Martín, *Presentación Documentación Administrativa* N°265-266 (2003), título monográfico *Derecho Administrativo, ciencia y tecnología*, p. 11.

<sup>12</sup> Nieto, Alejandro, en la recensión al libro de Esteve Pardo: “Autorregulación. Génesis y efectos”, publicada en *Revista de Administración Pública*, N° 160, 2003, p. 429.

<sup>13</sup> Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, 3ª Ed. Madrid 2002, p. 38.

La importancia de este control radica en que, tal como señalara S.S. el Papa Pío XII, “es evidente que el logro de la vida económica no puede confiarse únicamente a la iniciativa privada. (...) Siendo el egoísmo un hecho muy frecuente en este campo, corresponde al Estado, como promotor del bien común, llamar la atención a los individuos sobre los deberes sociales, y regular, siempre dentro de los límites de lo justo y honesto, sus actividades económicas en armonía con el bien colectivo”<sup>14</sup>.

5. Tan intenso es, a nuestro juicio, este deber del Estado que si no lo hiciera y a consecuencia del actuar de ese “particular poderoso” se derivaran daños para las particulares normales, comprometería su responsabilidad –patrimonial- por inactividad en el ejercicio de sus potestades de control, y de ahí la importancia que este título de imputación ha ido adquiriendo en la teoría general de la responsabilidad estatal<sup>15</sup>.

En este sentido, Abrevaya ha señalado que “Y en todo ello, volviendo al tema específico que nos ocupa, responsabilizar al Estado por la existencia de un adecuado y estricto control del accionar de ese mercado en temas tan importantes como son la salud y la seguridad de la población, es un modo de exigir la reubicación de aquél en el lugar que le compete, y que tal como están dadas las reglas de juego en este mundo posmoderno, es una de las pocas garantías que quedan al ciudadano común. Como verdad impuesta, reitero, se ha postulado una y otra vez que el Estado no tiene sino una participación subsidiaria, debiendo dejarse al “libre mercado” la autorregulación de su producción, calidad y precio, satisfaciendo a los consumidores sin que aquél deba intervenir en materia de qué producir, cómo y en qué condiciones hacerlo. Sin embargo, hoy más que nunca en países como el nuestro ha hecho agua esa postura y se ha evidenciado con total crudeza que es el Estado el que debe tener una participación activa pero para preservar a los ciudadanos comunes de las reglas propias de un mercado que sólo puede tomar en consideración sus propios intereses, como es de toda lógica”<sup>16</sup>.

6. Para cumplir con su razón de ser y fin, estar al servicio de la persona humana y propender al bien común, el Estado debe regular estos sectores dominados por estos “particulares poderosos” –dentro de lo que le es posible con los mecanismos clásicos del Derecho- o instar por la autorregulación<sup>17</sup>, y sancionar su infracción.

<sup>14</sup> S.S. Pío XII. Carta de la Secretaría de Estado a la XXIX Semana Social de Italia. Bérgamo, 22.9.1956.

<sup>15</sup> Por todos: Román Cordero, Cristián, Responsabilidad del Estado e inactividad administrativa, Revista de Derecho Público N° 67, 402 y ss.

<sup>16</sup> Abrevaya, Alejandra Déborah, Responsabilidad Civil del Estado, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 207.

<sup>17</sup> Cfr. Román Cordero, Cristián, La agonía de la ley y la privatización de las fuentes del Derecho, en La Semana Jurídica, N° 311, p. 3. Muñoz Machado, Santiago, La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet, Madrid 2000. Esteve Pardo, José, Autorregulación. Génesis y efectos, Editorial Civitas, 2002. Muñoz Machado, Santiago.

7. En consecuencia, frente a una sociedad cada vez más compleja y frente a riesgos cada vez mayores, radicados en el seno social y en manos de “particulares poderosos”, es evidente que el Estado está obligado a coaccionarlos, a través de sus potestades sancionadoras, para que conformen su actuar a las normas jurídicas y, en algunos casos, extrajurídicas, y no creen riesgo para las personas y cosas.

En este sentido, Carretero y Carretero, han sostenido que “Los confines entre la competencia judicial y administrativa son históricos, y si bien el fondo de la cuestión puede ser penal, cuando median consideraciones de eficacia y de oportunidad, la competencia judicial exclusiva para imponer siempre y en todo caso sanciones resultaría inapropiada. Si, en principio, la determinación de las penas es judicial, en otras ocasiones la potestad jurisdiccional del Estado, en sentido punitivo, se atribuye a la Administración como medio de coacción para obtener el cumplimiento de los deberes de los administrados”<sup>18</sup>.

Del mismo modo, Villar Ezcurra ha planteado que: “Históricamente ha sido siempre consustancial al poder público el reconocimiento de la facultad para imponer sanciones como consecuencia de la infracción de las obligaciones o prohibiciones impuestas por el mismo poder. Se trata, simplemente, de una consecuencia lógica ya que si la facultad no existiese no podía garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones o prohibiciones. En esencia este es el fundamento de la potestad sancionadora pero con matizaciones muy importantes a partir del constitucionalismo e implantación del Estado de Derecho. En primer lugar, que la utilización de la coacción corresponde en esencia a los Tribunales de Justicia, con lo cual la potestad sancionadora de la Administración sólo podrá ser concebida como algo residual. En segundo término que, como toda potestad, debe estar reconocida por una norma y sometida en su ejercicio al Derecho”<sup>19</sup>.

8. Finalmente, el generalizado aumento de la lesividad de las sanciones que puede imponer la Administración se debe a que el “particular poderoso” presenta, por regla general, una gran entidad –a veces de carácter transnacional-, con grandes recursos y con una férrea lógica economicista, por lo que la infracción administrativa es vista por él como una opción cualquiera, y si los beneficios que

---

Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo I, Civitas, Madrid 2004. Cantero Martínez, Josefa, La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo: el recurso de la denominada “autorregulación regulada”, en Punzón Moraleda, Jesús (Coordinador), Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías, Editorial Lex Nova, Valladolid 2005. Darnacullera Gardella, María Mercè, Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada, publicada en formato electrónico en TDX. Tesis Doctorales en Xarxa, por la Universidad de Girona, 2003 ([www.rdc.cat.cbuc.es](http://www.rdc.cat.cbuc.es)). Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006.

<sup>18</sup> Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, Derecho Administrativo Sancionador, Edersa, Madrid, 1992, p. 15.

<sup>19</sup> Villar Ezcurra, José Luis, Derecho Administrativo Especial. Editorial Civitas, Madrid 1999, p. 87.

la infracción representa son superiores a los costos de la sanción –siempre que la infracción fuera descubierta y finalmente sancionada-, estará, en una lógica económica estricta, perversamente incentivado para infringir el ordenamiento. Y en efecto, ya algunos han hablado de “*El Rentable Negocio de Transgredir las Normas en Chile*”<sup>20</sup>.

En este sentido, Angeles de Palma del Teso ha señalado que “**Parece, por tanto, que no podemos dejar de reconocer que la finalidad última del Derecho punitivo –prevenir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger- se alcanza de forma más efectiva dotando de potestad sancionadora a la Administración.** Esta es el instrumento a través del cual el Gobierno ejerce su función ejecutiva. A la Administración interventora, propia de un Estado Social, se le han de reconocer potestades para ordenar y gestionar determinados ámbitos de la vida; y un cumplimiento eficaz de estas funciones pasa por depositar en sus manos una parte del poder punitivo del Estado. Teniendo en cuenta, además, la mayor inmediatez de la Administración, en estos casos, con los hechos sancionados”<sup>21</sup>.

### 3. Elefantiasis inorgánica

Si bien en nuestra opinión la elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración del Estado, por sí, no es reprochable, sino más bien es una consecuencia ineludible de las características de la sociedad posmoderna, antes anotadas, sí lo es el que esta elefantiasis se produzca sin conformarse a principios claros, uniformes y garantistas, tal como sucede hoy en día. Se trata, entonces, de una *elefantiasis inorgánica*, que ha autorizado a algunos autores para calificar al Derecho Administrativo Sancionador chileno actual como *pre-beccariano*<sup>22</sup>.

El sistema sancionador chileno –si así se le puede llamar- se caracteriza por: (1) Contenerse en múltiples normas legales y reglamentarias, referidas a cada organismo sancionador. (2) En dichas normas es posible apreciar múltiples vacíos normativos, cuya interpretación queda entregada al organismo regulador del sector. (3) La ausencia inexcusable de una norma que establezca de manera supletoria al menos los principios que rigen el ejercicio de las potestades sancionadoras por la Administración. (4) La ausencia de una referencia expresa a la infracción o a la sanción en la Constitución, tal como sucede en otros países, la que ayudaría al menos a tener claro el punto de partida de la construcción dogmática del Derecho Administrativo Sancionador en

<sup>20</sup> Diario Estrategia del 15 de diciembre de 2003.

<sup>21</sup> De Palma Del Teso, Angeles, El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1996, p. 37.

<sup>22</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro, en *Sanción administrativa: Análisis a la luz de las garantías constitucionales*, en La Semana Jurídica del 01 al 07 de noviembre de 2004, con cita a García de Enterría, Eduardo, El problema jurídico de las sanciones administrativas, Revista Española de Derecho Administrativo N° 10 (1976), p. 409.

Chile, situación que ha sido satisfactoriamente resuelta por el Tribunal Constitucional, tal como veremos con posterioridad.

El establecimiento de los principios conforme a los cuales la Administración debe ejercer sus potestades sancionadoras, es, sin duda, una de las necesidades más urgentes del Derecho chileno, por las siguientes razones:

1. Tal como hemos dicho precedentemente, la elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración continuará, si no se acentuará en lo sucesivo.
2. La actuación de la Administración debe necesariamente conformarse a Derecho, incluido, por cierto, el ejercicio de sus potestades sancionadoras, y para eso es menester que exista claridad en torno a los principios conforme a los cuales debe conformarse su ejercicio, y si ello no es así, se lesiona gravemente el Estado de Derecho.

En este sentido, Sergio Politoff ha señalado que “Los abusos a que tales medidas –sanciones administrativas– pueden conducir explica los graves reparos que suscita su utilización, sobre todo cuando ella quebranta los criterios de respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona que deben servir de freno a los excesos del poder político. Sin embargo “**si se quiere realmente un auténtico Estado de Derecho democrático**”, la aplicación de esas facultades **-limitada a los casos permitidos por la Constitución- deberá responder de una necesidad ineludible y sujetarse a los criterios de moderación, proporcionalidad y subsidiariedad**”<sup>23</sup>.

3. La persona sancionada, incluso si es un “particular poderoso”, es digna, y por ello debe ser respetada por la Administración al ejercer sus potestades sancionadoras –por muy necesarias que éstas sean-, y por ello es una necesidad de primer orden conformar su ejercicio a principios claros, uniformes y garantistas.

Ya en 1960, Eduardo Novoa Monreal planteaba, describiendo este crecimiento inorgánico de las potestades sancionadoras, que “La proliferación actual de leyes penales administrativas y la mayor gravedad que gradualmente van asumiendo las sanciones que ellas establecen (las leyes sobre Pesca y Caza establecen penas privativas de libertad), hace aconsejable que el legislador se preocupe de rodear a la aplicación del Derecho Penal Administrativo de garantías semejantes a las que están incorporadas al Derecho Penal, **como forma adecuada para mantener el respeto por la dignidad y los derechos del hombre**”<sup>24</sup>.

En todo caso, es preciso tener claro que si bien el Derecho Administrativo Sancionador debe estar inspirado en una lógica garantista, no lo es menos que, en tanto Administrativo, tiene por finalidad, igualmente, la defensa del interés

<sup>23</sup> Politoff Lifschitz, Sergio, Derecho Penal, Editorial Jurídica Conosur, ps. 37 y 38.

<sup>24</sup> Novoa Monreal, Eduardo, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1960, Tomo I, p. 74.

general y colectivo. Esta es, a nuestro juicio, la gran diferencia del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal: no es ni puede ser garantismo puro.

4. La inexistencia de principios uniformes, permite que distintos organismos administrativos, regidos por normas distintas, puedan sin infringir el ordenamiento jurídico, frente a casos idénticos o parecidos, resolver en forma distinta, lo cual importa una infracción al principio de la igualdad jurídica<sup>25</sup>.
5. Del mismo modo, la ausencia de principios claros en el Derecho Administrativo Sancionador, permite que entre quien es objeto de persecución penal, el cual está amparado por garantías claramente delineadas<sup>26</sup>, y quien lo es de persecución administrativa, respecto del cual no existe la misma claridad, existan diferencias constitucionalmente inaceptables<sup>27</sup>. Y ello queda aún más en evidencia si se reconoce la existencia de una zona de intersección en donde el ilícito puede ser penal o administrativo, dependiendo exclusivamente de una decisión legislativa.

Finalmente el Derecho Administrativo Sancionador, como todo Derecho elaborado en torno al instituto de la responsabilidad, tiene por finalidad central, no castigar infracciones sino, muy por el contrario, prevenir la ocurrencia de éstas. Esta llamada prevención general se consigue sólo cuando los principios de este Derecho están claramente delineados, ya que la indeterminación de éstos permite no sólo los temidos excesos por parte de la Administración, sino que también permite a los infractores liberar fácilmente su responsabilidad infraccional, lo que, finalmente, importa un incentivo perverso para infringir el ordenamiento.

<sup>25</sup> Sobre esta ausencia de principios que uniformen el ejercicio de las potestades sancionadoras por parte de la Administración y las diferencias entre sujetos que son objeto de persecución administrativa, Feliú de Ortúzar ha afirmado que "En el ordenamiento jurídico chileno no existe una legislación general aplicable a todos los servicios públicos fiscalizadores, que establezca las facultades que ellos poseen para controlar el cumplimiento de las normas que les son aplicables. Por cierto, tampoco, las condiciones que se deben cumplir para que puedan aplicar sanciones a las personas fiscalizadas. Solamente hay reglas generales en algunas materias de personal, como ocurre con la planta de "fiscalizadores" de los servicios, afecta a reglas estatutarias también especiales". Feliú de Ortúzar, Olga, Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales, en el ámbito administrativo, en [www.ecampus.cl/Textos/destacados/Feliu/feliu.pdf](http://www.ecampus.cl/Textos/destacados/Feliu/feliu.pdf)

<sup>26</sup> Por todos: Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid 2001.

<sup>27</sup> Sobre las diferencias entre quienes son objeto de persecución administrativa y quienes lo son de persecución penal, S.E. el Presidente de la República en el Mensaje del Proyecto de Ley de Bases de Procedimientos Administrativos Sancionadores, ha manifestado que para evitar aquello es menester aplicar al Derecho Administrativo Sancionador los mismos principios penales aunque de manera matizada. En lo medular ha señalado: "La aplicación de los principios penales se justifica únicamente, entonces, por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato entre el afecto a un proceso penal y el que es objeto de un procedimiento administrativo".

#### 4. Los principios del derecho administrativo sancionador

Como se aprecia, a pesar de que en Chile le han sido reconocidas potestades sancionadoras a la Administración desde el comienzo mismo de la República y a pesar de crecer éstas *elefantiásicamente* en las últimas décadas, el Derecho Administrativo Sancionador, esto es, aquella rama del Derecho Público, y específicamente del Derecho Administrativo, que ha de regular quién, cómo y con qué límites las puede ejercer, es aún incipiente.

Tan incipiente es el Derecho Administrativo Sancionador en nuestro medio que la doctrina aún discute cómo denominar esta materia<sup>28</sup>. Y lo es tanto que, reconozcámoslo con cierta desazón, la doctrina se ha detenido extensa e inoficiosamente en la discusión sobre la ontología de la sanción -¿es o no pena?, bajo el supuesto, absolutamente errado, de que de ella depende la aplicación o no de los principios inspiradores del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador<sup>29</sup>. Y peor aun, parte importante de nuestra doctrina ha comenzado la construcción dogmática del Derecho Administrativo Sancionador a partir de la elaboración que al respecto ha efectuado la doctrina española e incluso llevándola a extremos inaceptables, en circunstancias que las bases conceptuales y normativas -especialmente constitucionales- de ésta son sustancialmente distintas a las nuestras<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Algunos autores utilizan la expresión Derecho Penal Administrativo, mientras otros utilizan la voz Derecho Administrativo Sancionador. Entre una y otra opción existen, por cierto, grandes diferencias. Mientras la primera entiende a esta cuestión circunscrita dentro del Derecho Penal y regida por los principios de éste, la segunda la entiende como una rama del Derecho Administrativo, de carácter autónomo, y, por tanto, regida por principios propios, los cuales aún no tienen un contorno dogmático preciso.

<sup>29</sup> El origen de esta perenne discusión radica en la ambigua redacción del artículo 20 del Código Penal, la cual señala que "no se reputan penas" las sanciones administrativas. Esta discusión en torno a la ontología de la sanción -¿es o no pena?, constituye para Zanobini la contienda más extensa e inoficiosa que se recuerde en el Derecho Público. Nieto, en su particular estilo y sin tapujos sostiene que el 90% de lo que se ha escrito sobre Derecho Administrativo Sancionador se refiere a esa discusión y que jamás la balanza se ha inclinado definitivamente en favor de una u otra tesis, constituyendo el mejor ejemplo de la erudición mordiendo su propia cola. Absurda es, además, porque al analizar la ontología de la sanción, entra de lleno a un estudio filosófico, en circunstancia que el trabajo del jurista consiste en determinar la normativa que rige un instituto. Y lo es más aún si se considera que perfectamente pueden haber instituciones ontológicamente idénticas, pero que se rijan por normativas jurídicas distintas. Cfr. Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador, op. cit.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, muchos autores han sostenido que son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador los mismos principios inspiradores del Derecho Penal, por ser ambos manifestación de un único ius puniendi estatal. Pues bien, esa doctrina fue elaborada en 1972 por el Tribunal Supremo de España y recepcionada luego por el Tribunal Constitucional de ese país desde 1981 a la fecha. En 1972, tal posición generó muchos cuestionamientos de autores connotados, mas en 1981 ella fue aceptada con cierta resignación, y ello porque el Constituyente de 1978, a través del artículo 25.1, había optado por asimilar, conforme sostuvo la mayor parte de la doctrina española, la infracción al delito, haciendo aplicable los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador, aunque, tal como enfáticamente ha señalado la jurisprudencia del mencionado Tribunal Constitucional, de modo matizado. Pues bien, en Chile no existe norma constitucional análoga, y más aun, tenemos claros indicios de que la Comisión Constituyente no aprehendió correctamente el creciente fenómeno de la sanción administrativa. Entonces, es incomprensible que parte importante de nuestra doctrina entienda al Derecho Administrativo Sancionador en los mismos términos que la doctrina española, en circunstancias que, a diferencia de lo consagrado expresamente por la Constitución española, la Constitución chilena no se refiere en ninguna disposición a la sanción administrativa y menos aun hace aplicables los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador.

El Derecho Administrativo Sancionador es, en nuestra opinión, Derecho Administrativo Sancionador. No Derecho Penal. Se trata, en consecuencia, de una rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo<sup>31</sup>.

El carácter autónomo del Derecho Administrativo Sancionador, independiente del Derecho Penal, no significa que el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración se constituya en un poder inconsulto, arbitrario e ilimitado, como muchos pueden temer<sup>32</sup>. La dignidad de la persona humana es incuestionable y ella siempre debe ser respetada<sup>33</sup>. Por ello, es evidente que el ejercicio de tales potestades debe sujetarse a principios. ¿A cuáles? Nada más ni nada menos que a los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Pero como estos principios no tienen aún una consistencia dogmática precisa, es menester, como medida de urgencia, atendido el paralelismo mas no subordinación entre esta rama y el Derecho Penal –sostiene parte importante de la doctrina que ambos son manifestación de un único *ius puniendi* estatal-, “tomar prestados” sus principios, que sí cuentan con esa consistencia, y aplicarlos –como pauta- al Derecho Administrativo Sancionador<sup>34</sup>, aunque claro está de forma matizada, atendidas las particularidades de esta rama del Derecho, y si ello no es posible por la intensidad de éstas, bien puede, al no existir norma expresa que señale lo contrario –como sucede en otros ordenamientos jurídicos-, desviarse del esquema penal.

Esta ha sido la tesis acogida por nuestro Tribunal Constitucional, a través de la sentencia Rol N° 244, de 1996. En efecto, esta sentencia al referirse a esta cuestión la llamó “Derecho Administrativo Sancionador”, destacando así su autonomía, y no “Derecho Penal Administrativo”, expresión insistentemente utilizada por algunos autores nacionales<sup>35</sup>, y estableció que los principios penales son aplicables al Derecho

<sup>31</sup> En este sentido: Peman Gavín, Ignacio, *El Sistema Sancionador Español. Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas*, Editorial Cedecs, Barcelona 2000. Nieto, Alejandro, op cit. Orena Domínguez, Aitor, *Infracciones y Sanciones Tributarias: un Estudio Jurisprudencial*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao 2002. Román Cordero, Cristián, *Los principios del Derecho Administrativo Sancionador Chileno* (inédito).

<sup>32</sup> Cfr. Avilés Hernández, Víctor Manuel, *Algunas Consideraciones Constitucionales relativas al Orden Público Económico y el Derecho Penal*, RDP N° 62 (2000), p. 169-179.

<sup>33</sup> Al respecto, por todos: Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Tomo I. Editorial Jurídica, Santiago 1996. Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Editorial del Pacífico, Santiago 1974. Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2001.

<sup>34</sup> En este sentido: De Palma Del Teso, Angeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid 1996. Dellis, George, *Droit Pénal et Droit Administratif. La influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1997. Orena Domínguez, Aitor, op. cit. Peman Gavín, Ignacio, op. cit. Cobo Olvera, Tomás, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, Editorial Bosch S.A. Barcelona 2001. Meseguer Yebra, Joaquín, *La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 2001.

<sup>35</sup> Cfr. Aróstica Maldonado, Iván, *Algunos Problemas del Derecho Administrativo Penal*, Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 182 (1987), p. 71.

Administrativo Sancionador, aunque, y esto es menester destacarlo, “por regla general” —como pauta y como cota máxima—, o sea, con matizaciones, si no desviaciones, del esquema penal. Jurisprudencia que ha sido reiterada, recientemente, en las sentencias Roles N°s 479 y 480, del 2006.

Esta es, igualmente, la tesis que informa el Proyecto de Ley sobre Bases Generales de Procedimientos Administrativos Sancionatorios, que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional<sup>36</sup>, y cuyo mensaje sobre el particular expone: “Tal como ya se indicó, en la actualidad son aplicables a la sanción administrativa ciertos principios propios del derecho penal, que buscan juridificar la potestad sancionadora de la administración. Indudablemente, estos principios no se pueden aplicar tal como se entienden en el derecho penal, por la especificidad propia de la sanción administrativa. Con las adecuaciones de rigor, el proyecto establece como principios sustantivos del derecho administrativo sancionador los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad personal, prohibición de la privación de libertad, proporcionalidad y prescriptibilidad.”

### Conclusiones

1. La elephantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración, esto es, el aumento de los órganos dotados por ley de facultades sancionatorias y el aumento de la lesividad de las sanciones que éstos pueden aplicar, es un fenómeno que se justifica por la nueva conformación de la sociedad postmoderna.
2. El ejercicio por parte de la Administración de sus potestades sancionadoras debe realizarse con arreglo a principios claros, uniformes y garantistas. Corresponde tanto a la doctrina como a la jurisprudencia —especialmente constitucional— darle contenido y consistencia a dichos principios.
3. Para ello es preciso tener presente que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, y que, a diferencia del Derecho Penal, no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido sino que, además, proteger el interés general y colectivo.
4. Sin perjuicio de lo anterior, como el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra en plena formación, le son aplicables los principios penales, aunque sólo de forma matizada, atendidas sus particularidades.

<sup>36</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de La República con el que inicia un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la ley N° 19.884. Mensaje N° 541-350, de 25 de marzo de 2004.

