



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- Publicado en Gaceta Jurídica, Año 2.010, Septiembre, N° 363, Págs. 7 – 18.

LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA NECESIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CORRECTIVO EN EL COMPLEJO ESCENARIO ECONOMICO MODERNO.

Alejandro Cárcamo Righetti¹

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas

Universidad de Talca

A.- Introducción.

El derecho administrativo sancionador correctivo ha sido constantemente en nuestro medio jurídico nacional, objeto de duras y enérgicas críticas por un importante sector de los autores administrativistas y penalistas².

A través de este artículo, pretendemos examinar y derribar uno de los principales mitos que aquejan a esta área temática del derecho administrativo, cual es su supuesta disconformidad con nuestra Constitución Política de la República.

Pese a lo mucho que se ha venido controvirtiendo en la materia desde hace un par de décadas, consideramos que la cuestión no es un tema completamente superado en la actualidad. Si bien es cierto, es posible constatar que la doctrina nacional ampliamente mayoritaria se ha alineado en el sentido de sostener la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración del Estado, ello contrasta con la esporádica aparición de publicaciones de prestigiosos autores que insisten terca e incansablemente en cuestionar la constitucionalidad de dicha potestad³.

¹ Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales.

² Reacción crítica que también se ha generado en medios jurídicos como el español. Véase. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II*. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid - España. Segunda Edición. Septiembre de 2000. Pág. 373 – 376; asimismo, NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid – España. Cuarta Edición totalmente reformada. 2005. Págs. 19 – 52.

³ Véase, entre otros. SOTO KLOSS, Eduardo. En “*Sanciones Administrativas ¿camino de servidumbre?*”. Gaceta Jurídica. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Año 2005 / Febrero / n° 296. Págs. 76 – 88 y



En nuestra opinión, el debate en el presente debiera enfocarse en resolver la problemática de cuáles garantías aplicar y el modo de concretarlas en la práctica, ya que los esfuerzos desplegados por la doctrina y la jurisprudencia nacional en dicho sentido, no han acarreado resultados del todo satisfactorios⁴.

B.- Algunas precisiones conceptuales.

En el derecho público se constata que el Estado posee básicamente dos vías para sancionar las conductas de los particulares contrarias al ordenamiento jurídico, y estas son: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, constituyendo ambos, a juicio de la doctrina mayoritaria, el *ius puniendi* o poder punitivo del órgano estatal, construcción que a juicio de Alejandro Nieto, es una tesis sumamente ingeniosa que “resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta de gran utilidad en cuanto sirve para proporcionar al Derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía. Méritos y ventajas que no autorizan, sin embargo, a desconocer sus aspectos negativos...”⁵.

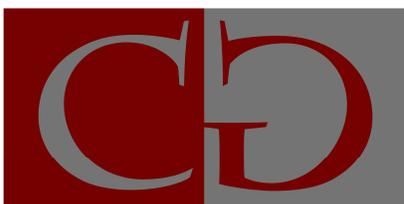
El derecho administrativo sancionador, combinando una serie de definiciones aportadas por la doctrina penal y administrativa, nacional y extranjera⁶, es posible de ser

en “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”. Boletín de Investigaciones. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Nº 44 y 45. 1979-1980. Págs. 95-103; asimismo, AROSTICA MALDONADO, Iván. “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”. RDUCo Nº 182. 1987. Págs. 71-81.

⁴ Véase. CARCAMO RIGHETTI, Alejandro Antonio. *La Desmitificación del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca. Talca – Chile. 2007.

⁵ Véase. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Op. Cit., págs. 85-86.

⁶ Véase. POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Segunda Edición Actualizada. Año 2004. Pág. 80; JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Introducción al Derecho Penal. Volumen I*. Editorial Jurídica Universitaria. México. S/i Edición. 2002. Pág. 22; BARRACHINA, Juan Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. PPU Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona – España. Segunda Edición. 1986. Pág. 516; DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires - Argentina. Octava Edición. 2000. Pág. 191; PENAGOS, Gustavo. *Derecho Administrativo. Tomo I. Parte*



conceptualizado como “*el conjunto de normas jurídicas que se traducen en la facultad que poseen los órganos de la Administración del Estado, para tutelar sus propios intereses o los de la comunidad en su totalidad, aplicando sanciones a los particulares y/o a los funcionarios públicos, mediando un procedimiento racional y justo, por la infracción de reglas y/o deberes jurídicos predeterminados*”⁷.

De esta forma, se desprende que la potestad sancionatoria de la Administración del Estado puede ser dividida en dos manifestaciones, el derecho administrativo sancionador correctivo, que es *el entramado normativo que regula aquella potestad que posee la Administración, en virtud de la cual se encuentra facultada para aplicar sanciones a los administrados por el incumplimiento de ciertas reglas jurídicas predeterminadas*; y, el derecho administrativo sancionador disciplinario, que es *aquel conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad sancionadora interna o doméstica de la Administración, en virtud de la cual se encuentra autorizada para aplicar determinadas sanciones de naturaleza disciplinaria a los sujetos que la integran por el incumplimiento de deberes funcionarios*. Como es posible apreciar, la principal distinción radica en que en la primera vertiente existe una relación general de sujeción, y en la segunda, una relación específica de sujeción⁸.

Sin perjuicio de la anterior distinción, cabe señalar que el mayor debate doctrinario y jurisprudencial se genera al analizar y estudiar el derecho administrativo sancionador en su aspecto correctivo, ya que es aquí donde algunos autores fijan su atención y preocupación en orden a que la Administración Pública, tras los rótulos formales de una sanción administrativa, cometa abusos o excesos que puedan implicar la vulneración de derechos fundamentales⁹.

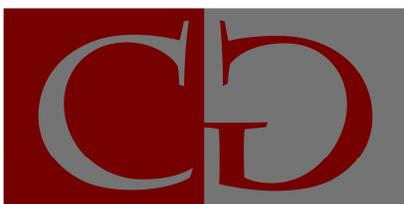
C.- Problemas jurídicos que suscita el Derecho Administrativo Sancionador Correctivo.

General. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá – Colombia. S/i Edición. 1994. Pág. 182; GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*. Tecnos. Madrid – España. Décima Edición. 1989. Pág. 125.

⁷ CARCAMO RIGHETTI, Alejandro Antonio. *La Desmitificación del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Op., Cit., pág. 1.

⁸ *Ibíd.*, pág. 2.

⁹ En este sentido, véase. POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Op. Cit., pág. 80 – 81.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

La discusión en el foro en relación al derecho administrativo sancionador correctivo resulta tremendamente intrincada, ya que la doctrina y la jurisprudencia, nacional y foránea, no tienen un parecer uniforme respecto a su naturaleza, aplicación, normas y principios que lo rigen, y en nuestro medio jurídico, ni siquiera ha existido acuerdo respecto de su conformidad con la Constitución Política de la República, lo que ha generado una polémica inacabada, potenciada porque el objeto de conocimiento es susceptible de enfoques ideológicos diversos, que a menudo distorsionan las conclusiones de quienes lo abordan¹⁰.

Como señala Olga Feliú de Ortuzar, “la doctrina del derecho penal y los juristas especializados en esa rama del derecho –refiriéndose al derecho penal administrativo- se han preocupado, desde antiguo, de la naturaleza y características que presenta la potestad de la Administración del Estado –Poder Ejecutivo- para imponer sanciones a las personas, y de los requisitos que se deberían cumplir”¹¹.

No obstante lo anterior, entendemos que la preocupación y esfuerzos desplegados no han rendido los frutos esperados, principalmente, porque los enfoques bajo los cuales se ha analizado la potestad sancionadora, permanentemente han estado imbuidos de ideologías trasnochadas y de intereses económicos.

Una manifestación del enfoque ideológicamente sesgado bajo el cual ha incursionado parte de la doctrina nacional en esta área temática, es por ejemplo, lo

¹⁰ No obstante lo anterior, coincidimos plenamente con el prestigioso autor español Alejandro Nieto, el cual sin desconocer que la potestad sancionadora correctiva de la Administración ha sido blanco de múltiples críticas, expone que “los tiempos, con todo, han seguido cambiando y hoy casi nadie se atreve ya a negar la existencia del tal potestad –puesto que sería negar la evidencia-, aunque abunden los reproches nostálgicos y se abogue ocasionalmente por el mantenimiento (o restablecimiento) del monopolio judicial, al que se atribuye –cerrando los ojos a la realidad- el compendio de todas las perfecciones, incluidas las de la justicia, economía y eficacia.

Aceptada genéricamente la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste”. Véase. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Op. Cit., pág. 26.

¹¹ FELIU DE ORTUZAR, Olga. “Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ámbito administrativo”. Universidad UNIACC eCampus. Septiembre de 2003. www.ecampus.cl/ecampus/home/htm/Textos/derecho/Feliu/feliu.pdf consultada el 30 de octubre de 2006.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

expuesto por el profesor Eduardo Soto Kloss en el artículo titulado “*Sanciones Administrativas ¿Camino de Servidumbre?*”¹², en el cual se señala: “No es la intención de estas líneas ver el peligro de “tiranía administrativa” que significa el uso de esta potestad sancionadora en manos de autoridades estatistas, resentidas, o discriminatorias, e imbuidas no pocas veces de una ideología trasnochada anti actividad privada y contraria a todo lo que significa primacía de la persona humana, y la primacía de su iniciativa en materia económica...”. “Tampoco es intención de hacer aquí ver el peligro mayúsculo de “corrupción administrativa” que implica de suyo el ejercicio de la potestad sancionadora en manos de funcionarios carentes de probidad, o inescrupulosos, que ven en el uso de esta potestad un “arma” infalible para obtener lucro, ventaja, beneficio o ganancia sea personal o partidista, al hacer empleo de ella como una “amenaza” cierta, actual, seria y concreta ante un ciudadano, empresario, empleador, o usuario de un servicio público...”.

Por lo anterior, es que somos de aquellos que esperamos pacientes y esperanzados que a través de una reforma constitucional se incorpore a nuestra Carta Fundamental, de manera explícita, un nuevo marco supralegal para la configuración y el fortalecimiento de la potestad sancionadora de la Administración del Estado¹³, como una forma de disipar las dudas y acallar las voces de quienes han propugnado insistentemente su supresión y encomienda al Poder Judicial de toda función represiva, postura alejada de las reales necesidades de la vida moderna en sociedad.

Cabe destacar que este debate no es nuevo en nuestro medio jurídico. “Ya en 1859, Santiago Prado, en su *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, primer libro de Derecho Administrativo en Chile y Latinoamérica, le reconocía a la Administración potestades sancionadoras, las que consideraba necesarias, sino imprescindibles, para obtener de los particulares el cumplimiento de sus deberes administrativos”¹⁴.

Igualmente, a finales del siglo XIX, ya existían autores que cuestionaban la constitucionalidad del derecho administrativo sancionador. Así, “don Jorge Huneeus en su

¹² SOTO KLOSS, Eduardo. “Sanciones Administrativas ¿camino de servidumbre?”. Op. Cit. Págs. 76 - 88.

¹³ Tal como en su oportunidad se hizo en España. Véase. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II*. Op. Cit., pág. 377.

¹⁴ ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. En Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra, Pantoja Bauza Coordinador. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Santiago de Chile. Pág. 109.



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 aplicarlas¹⁵.

Dentro de quienes actualmente han sostenido la necesidad de encomendar esta función íntegramente al Poder Judicial, se encuentra el profesor Eduardo Soto Kloss¹⁶, quien ha venido manifestando desde hace algunos años en forma reiterada, que la potestad sancionadora administrativa es contraria al Texto Constitucional, ya que vulneraría una serie de principios sustentadores de nuestra Carta Fundamental así como una gama de garantías constitucionales. Este autor ha señalado que al ejercer la Administración facultades sancionadoras, invadiría la competencia de otro órgano del Estado, como lo es el Poder Judicial, ya que se trataría -a su juicio- del ejercicio de funciones jurisdiccionales, vulnerando por tanto el principio de distribución o separación de poderes, ya que “sancionar importa juzgar y, a la luz de la Constitución, sólo podría juzgar el juez, mas no el administrador”¹⁷.

Este autor ha señalado además, que con su existencia se conculca el derecho al debido proceso garantizado en el Art. 19 n° 3 de nuestra Carta Magna, ya que la Administración operaría -en opinión del mismo- como juez y parte, careciendo por tanto de la imparcialidad e independencia necesaria para juzgar la existencia de una infracción y la consecuente procedencia de sanciones administrativas¹⁸.

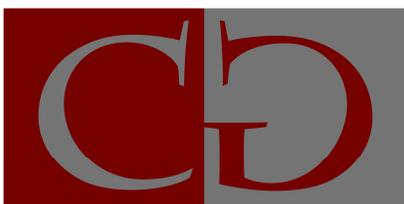
En la vereda opuesta a la de los profesores Soto Kloss y Aróstica Maldonado, nos encontramos con autores que defienden la atribución sancionadora de la Administración del Estado, ya que estiman que considerarla inconstitucional, resulta un despropósito y un sinsentido atendiendo al objetivo tenido en mente por el legislador al momento de

¹⁵ *Ibíd.* pág. 110.

¹⁶ Quien ha liderado el sector de la doctrina administrativa nacional que propugna la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria administrativa.

¹⁷ Como bien sintetiza Román Cordero la posición de García de Enterría, Aróstica Maldonado y Soto Kloss, en: ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Págs. 117-118.

¹⁸ Véase. SOTO KLOSS, Eduardo. En “*Sanciones Administrativas ¿camino de servidumbre?*”. Op. Cit., págs. 76 – 88 y en “*Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*”. Op. Cit. Págs. 95-103.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

conceder tamaña facultad, que no es otro que fiscalizar las actividades económicas que se despliegan en la enrevesada sociedad contemporánea¹⁹.

Como señala el autor Marienhoff, “el fundamento de la potestad sancionadora es fácilmente comprensible: la compleja labor de la Administración no podría cumplirse sin la existencia de una fuerte disciplina externa e interna; de lo contrario la Administración hallaríase indefensa y condenada al desorden”²⁰.

No cabe duda que el derecho administrativo sancionador es una necesidad de la complejísima sociedad moderna. El potente y creciente desarrollo de los diversos campos de la economía, unido a la concentración de capitales en grandes empresas nacionales y transnacionales que intervienen e invierten fundamentalmente en áreas o mercados que se refieren a servicios básicos que son de la mayor importancia para el interés público, tales como salud, previsión, telecomunicaciones, electricidad, combustibles, mercado bancario, entre otros sectores, ha llevado necesariamente a que el Órgano Legislativo entregue a la Administración del Estado una serie de herramientas destinadas a fiscalizar en forma permanente que dichas actividades se realicen dentro de los cánones exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, a interpretar de manera vinculante las normas sectoriales aplicables en cada caso y a sancionar frente al incumplimiento de dichas reglas. Éste es un argumento suficiente para legitimar la existencia de esta potestad, en el entendido que la Administración Pública, al igual que todos los órganos del Estado, debe propender al bien común, lo que necesariamente implica que los intereses generales de la comunidad se superponen a los intereses particulares, en la especie, de orden netamente patrimoniales.

De este modo, el problema se presenta en el enfoque original que se le ha dado por algunos autores al tema.

¹⁹ Véase. FELIU DE ORTUZAR, Olga. “Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ámbito administrativo”. Op. Cit., www.ecampus.cl/ecampus/home/htm/Textos/derecho/Feliu/feliu.pdf consultada el 30 de octubre de 2006; Asimismo, MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Teoría General*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. Quinta Edición Actualizada Reimpresión. S/i Año. Págs. 628 – 629; CURY URZÚA, Enrique. *Lecciones Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. Octava Edición Ampliada. Septiembre 2005. Pág. 109; Finalmente, ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Págs. 107-141; entre otros.

²⁰ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Teoría General*. Op. Cit., págs. 628 - 629.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Normalmente se piensa en un indefenso particular-administrado que interviene en mercados altamente regulados y fuertemente fiscalizados por órganos administrativos, al cual ante algún incumplimiento, por mínimo que éste sea, se le sanciona drásticamente. Entonces lo que se hace, es suponer a ese inocente e indefenso particular enfrentado con la temible e inclemente Administración del Estado.

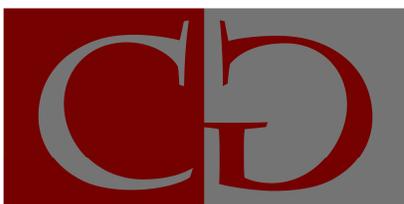
Ese análisis, que raya en lo caricaturesco, no es acertado. Lo que se debe apreciar en esta materia, es la relación de ese particular-administrado que interviene en un mercado regulado y fiscalizado, con todos los potenciales afectados frente a su incumplimiento, interés público por el cual deben velar los órganos administrativos con potestades sancionadoras.

“Alejandro Nieto ha señalado que ya es hora de que los administrativistas se percaten de que han de ir abandonando su actitud, cómoda y narcisista al mismo tiempo, de defensores de los ciudadanos frente a una Administración todopoderosa y arbitraria. Esta ha sido, desde luego, su misión durante doscientos años y gracias a ello la cultura occidental ha podido asentarse sobre las bases humanas. Pero ahora han cambiado los tiempos: 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”²¹.

Este escenario en Chile, se comienza a generar con mayor fuerza “desde el año 1980, en adelante, en que se entregaron a particulares actividades que con anterioridad desarrollaba total o parcialmente el Estado, se dictaron diferentes textos legales disponiendo regulaciones especiales para el ejercicio de las respectivas actividades económicas y se crearon organismos especiales de fiscalización. Así ocurrió, por ejemplo, con el sector eléctrico que había sido estatizado en el período 1970-1973, o con los Servicios Sanitarios que se autorizó privatizar en 1998.

Atendidos el carácter de servicios de utilidad pública que atienden algunas de las empresas comprendidas en el ámbito de los servicios públicos de fiscalización como

²¹ Citado en: ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Págs. 113.



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

ocurre con el agua, el gas, o la electricidad, ha existido preocupación de los poderes colegisladores por establecer normas que permitan una fiscalización oportuna y que impida que se consumen daños a la comunidad. Sin embargo, el respeto a las normas constitucionales obliga, también, a que tales preceptos se ajusten a las normas propias de los órganos públicos y de respeto de las garantías constitucionales”²².

No pretendemos negar la probable existencia de normas dentro del derecho penal administrativo que puedan pugnar con la Carta Fundamental²³, para lo cual se requiere un estudio y revisión pormenorizada que desborda el objetivo planteado en este trabajo, pero resulta obvio que todas aquéllas que entren en contradicción con las normas, principios y valores consagrados en la Carta Magna, deben ser objeto de modificación o derogación a la brevedad posible.

No obstante la premisa anterior, discrepamos rotundamente de aquellos que niegan la constitucionalidad de una potestad de esta naturaleza radicada en órganos administrativos.

Los que niegan esta facultad de la Administración, sugieren que debiera quedar radicada exclusivamente en el Poder Judicial, ya que es éste el que tiene la facultad de conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado, conforme lo establece nuestro ordenamiento constitucional (art. 76 Constitución Política de la República) y legal (art. 1 Código Orgánico de Tribunales)²⁴.

Con ello, se olvida que es una necesidad ineludible el que esta potestad esté radicada en la Administración del Estado, ya que las áreas en las cuales se le concede a la Administración facultades sancionadoras, son esencialmente técnicas y dinámicas, ante lo cual se requiere una intervención rápida, eficiente y eficaz de órganos especializados, como lo son, por ejemplo, las respectivas superintendencias, a través de procedimientos prudentemente aligerados de formalidades, situación que claramente sería imposible si todo quedará entregado a un sobrecargado de trabajo y lento Poder Judicial.

²² FELIU DE ORTUZAR, Olga. “Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ámbito administrativo”. Op., Cit. www.ecampus.cl/ecampus/home/htm/Textos/derecho/Feliu/feliu.pdf consultada el 30 de octubre de 2006.

²³ Véase en www.tribunalconstitucional.cl consultada el 05 de octubre de 2009, sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en causa Rol N° 1345-2009 en fecha 25 de mayo de 2009.

²⁴ Véase. SOTO KLOSS, Eduardo. “Sanciones Administrativas ¿camino de servidumbre?”. Op. Cit., pág. 81-83.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Sin embargo, es dable constatar que entre quienes reconocen y aceptan esta potestad, se discute en torno a las garantías que deben ser observadas por la Administración al substanciar procedimientos administrativos sancionadores y la forma de cómo deben ser implementadas. Algunos señalan que deben aplicarse en forma íntegra las ya ampliamente reconocidas garantías del derecho penal y procesal penal. Pero otros, dentro de los cuales nos incluimos, sostienen que este estatuto de garantías debe ser transplantado al ámbito administrativo con ciertos matices²⁵, ya que a pesar de que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador tienen un origen común, esto no significa que su naturaleza y, por ende, su aplicación, sea idéntica²⁶.

Así por ejemplo, la jurisprudencia judicial, ha sentenciado que “la potestad sancionadora de que disponen los órganos de la Administración, no es sino expresión del *ius puniendi* del Estado, y, en consecuencia, debe también respetar los principios inspiradores del orden penal, recogidos en la Constitución Política de la República”²⁷.

Por su parte, la Contraloría General de la República en dictamen N° 28.266 de fecha 22 de junio de 2007, ha manifestado que: “...aun cuando en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de tales principios, puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que

²⁵ Incluso hay quienes postulan derechamente que el derecho administrativo sancionador, en tanto derecho autónomo, se ha de regir por principios propios y que sólo transitoriamente, ante la ausencia de contornos dogmáticos de éstos, pueden aplicarse, como pauta y cota, los principios penales. Véase. ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Pág. 107-109.

²⁶ Más lejos aún ha llegado Alejandro Nieto, quien ha señalado que: “el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del Derecho penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público Estatal. Conste, sin embargo, que esta confesada inspiración no es consecuencia de un prejuicio ideológico, ni muchos menos profesoral, sino resultado de haber constatado el fracaso de una metodología –la extensión de los principios del Derecho Penal- que ha demostrado no ser precisa desde el momento en que la traspolación automática es imposible y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras...”. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Op. Cit., pág. 32.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto 2002, R.G.J., N° 302, pág. 74.



se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador²⁸.

D.- La Constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo puesta a prueba.

La cuestión es planteada por el autor Soto Kloss señalando que si la potestad sancionadora no tuviese asidero constitucional, “ello mostraría pura y simplemente que estamos frente a la más descarnada violación del derecho y de los derechos fundamentales de las personas, y sería entonces de la más feroz hipocresía hablar de Estado de Derecho, de democracia, y de convivencia pacífica. Por el contrario, estaríamos frente a una brutal tiranía administrativa, la peor de todas ya que es la antesala de todo totalitarismo, régimen que subyuga todas las libertades ciudadanas²⁹”.

En definitiva, se postula que el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa sería contrario a los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Magna.

Aróstica Maldonado, señala que “...perfectamente puede concluirse que la potestad sancionadora administrativa es totalmente inconstitucional, ya que la facultad de imponer penas y sanciones por contravenciones a la normativa vigente le corresponde exclusivamente a los únicos órganos jurisdiccionales: los Tribunales de Justicia, por expresa disposición del inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 y del art. 73, ambos de la Constitución³⁰”.

Nos parece indiscutible que el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa no constituye, en caso alguno, ejercicio de facultades jurisdiccionales, constituye simplemente, ejercicio de potestades administrativas, a través del cual los órganos administrativos cumplen su función.

La autoridad administrativa que conoce y resuelve no tiene la calidad de tribunal, no se decide un asunto controvertido con el carácter de instancia, ni tampoco con efectos

²⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 28.266 de 22 de junio de 2007, publicado en www.contraloria.cl, consultada el 23 de agosto de 2007.

²⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. “Sanciones Administrativas ¿camino de servidumbre?”. Op. Cit., pág. 78.

³⁰ AROSTICA MALDONADO, Iván. “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”. Op. Cit. Págs. 71-81.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

jurisdiccionales, quedando siempre a salvo al particular la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia, pudiendo corregirse de ese modo, cualquier ilegalidad o arbitrariedad en que haya incurrido el órgano administrativo sancionador.

La jurisdicción, en cuanto a su concepto y alcance, “es una función pública privativa de los tribunales de justicia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 73 de la Carta Fundamental – actual artículo 76-, cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley”³¹.

“Como lo ha ilustrado Guasp, la “función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión”, mientras que a diferencia de la función administrativa, “la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la Administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general”³².

Como aparece implícito en los fallos del Tribunal Constitucional roles N°s 376 - considerandos 34° al 38°- y 389 -considerandos 33° al 38°-, el ejercicio de las potestades de la Administración para sancionar constituye una actividad de orden administrativo y, por ende, no jurisdiccional³³, quedando despejada esta cuestión, al menos, por nuestra jurisdicción constitucional, criterio que es compartido por la jurisprudencia administrativa.

En el mismo sentido se han pronunciado nuestros Tribunales Superiores de Justicia, señalando “que los denominados en doctrina actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importan ejercicio de la jurisdicción, deben respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Política”³⁴.

³¹ Tribunal Constitucional, 1 de febrero 1995, Rol N° 205, R.D.J., t. 92, sec. 6ª, pág. 14.

³² PINILLA RODRIGUEZ, Francisco. *Las Denominadas Funciones Jurisdiccionales de los Órganos de la Administración del Estado: Apreciaciones a partir de la STC de 26 de Marzo de 2007*. Publicada en *Ius Et Praxis, Derecho en la Región*, Año 14 N° 1. Editorial Universidad de Talca. 2008. Talca-Chile. Págs. 376 – 377.

³³ Contraloría General de la República, 26 de agosto 2005, Dictamen N° 39.696, R.G.J., N° 302, págs. 328-334.

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 23 de septiembre de 1999 confirmada por la Corte Suprema, autos roles 2096-1998 y 445-1999.



Sin perjuicio de lo anteriormente consignado, es innegable que los procedimientos administrativos sancionadores deben estar acordes a la disposición del artículo 19 n° 3 inciso 4° de la Constitución Política, en el sentido de que se debe tratar de un procedimiento racional y justo, habiéndose entendido por la doctrina y jurisprudencia nacional que “este precepto jurídico es aplicable a todo órgano que ejerza jurisdicción o dicte resoluciones que afecten derechos esenciales o fundamentales de la persona humana...”³⁵, por lo que se debe estar abierto a analizar caso a caso, los procedimientos administrativos sancionadores que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico para constatar si cumplen con las exigencias mínimas impuestas por la Carta Fundamental y por los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes³⁶.

En resumen, la tesis de la constitucionalidad de la atribución de potestades sancionadoras a la Administración se funda en al menos tres razones, según lo expone Román Cordero³⁷, y estas son: a) El que la defensa del interés público debe ser especializado e inmediato, con órganos técnicos jurídicos y con medios idóneos que

³⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *La Dignidad de la Persona, Derechos Esenciales y Derecho a la Igual Protección de la Ley en el Ejercicio de los Derechos*. Publicada en *Ius Et Praxis, Derecho en la Región*, Año 3 N° 2. Editorial Universidad de Talca. 1997. Talca – Chile. Pág. 129.

³⁶ Esta posición sustentada por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, consistente en “exigir este requisito respecto de los procedimientos administrativos, no sólo en los casos en que los órganos de la Administración actúen en el marco de un procedimiento disciplinario, sino también cuando resuelven ordinariamente cualquier tipo de materias”, tiene detractores como los profesores Juan Carlos Ferrada Borquez y José Ángel Fernández Cruz, los cuales han manifestado que ello no es acertado jurídicamente, “ya que confunde la jurisdicción, como actividad, con la capacidad resolutoria inicial de la Administración del Estado, atribuyendo a esta última los principios y reglas de la primera. Además ello llevaría al absurdo de que en los procedimientos administrativos siempre se estaría infringiendo un aspecto del debido proceso, como es la imparcialidad del órgano resolutor, ya que éste es siempre parte del conflicto administrativo”. Véase. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; FÉRNANDEZ CRUZ, José Ángel. *Jurisprudencia Comentada. “Sentencia sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley que crea la unidad de análisis financiero y modifica el código penal en materia de lavado y blanqueo de activos (Tribunal Constitucional)”*. *Revista de Derecho*. Valdivia. Vol. XVII. Diciembre 2004. Pág. 251 a 271. Publicada también en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200011&script=sci_arttext consultada el 12 de noviembre de 2006; asimismo, BORDALI, A. y FERRADA, J.C. “*Las Facultades Juzgadoras de la Administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes*”. *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XIII. Diciembre de 2002. Págs. 187 y siguientes.

³⁷ Véase. ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Págs. 118-120.



garanticen la eficiencia y la eficacia; b) Ya que constituye el mecanismo idóneo para la coacción de los particulares y así obtener de éstos el cumplimiento de sus deberes administrativos, con lo que se busca romper la lógica estrictamente económica con que operan en pos de impedir la creación de riesgos que amenacen a las personas y cosas; y, c) Las potestades sancionadoras de la Administración son una realidad muy difícil sino imposible de sustituir, por más que se adviertan inconstitucionalidades en su atribución, aunque en la práctica –según lo hemos venido exponiendo- ellas son inexistentes.

E.- Implicancias jurídicas y prácticas inadvertidas al sustentar que el ejercicio de la Potestad Sancionatoria quede exclusivamente bajo la órbita de competencia de los Tribunales de Justicia.

Ocurre que “en una economía de libre mercado, en que todas las actividades económicas se ejecutan por particulares, y no por el Estado, el legislador ha creado Organismos estatales especializados para efectuar una supervigilancia por sectores de la economía”³⁸.

Por ello es que nos resulta de todo punto de vista criticable la postura sostenida en nuestro medio, principalmente por Soto Kloss y Aróstica Maldonado, en cuanto a que el ejercicio de la potestad sancionatoria implica arrogarse facultades jurisdiccionales por parte de la Administración del Estado, sugiriendo que ella debe quedar radicada en forma exclusiva en los Tribunales de Justicia.

Dicha propuesta se constituye en un despropósito, toda vez que con ella, en vez de conseguir el loable objetivo de asegurar los derechos fundamentales de las personas, se le garantiza un atractivo, cómodo y conveniente campo de acción a los grandes grupos económicos nacionales y transnacionales, únicos sujetos capaces de soportar los tiempos e incurrir en los costos que significan los procesos judiciales ante los Tribunales de Justicia, con el consiguiente beneficio, lucro o ventaja ilegítimo que pueden reportar de la demora.

³⁸ FELIU DE ORTUZAR, Olga. “Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ámbito administrativo”. Op. Cit., www.ecampus.cl/ecampus/home/htm/Textos/derecho/Feliu/feliu.pdf consultada el 30 de octubre de 2006.



Es así como el derecho administrativo sancionador correctivo es concebido con el objetivo de aumentar la eficacia evitando dilaciones procedimentales, habida cuenta del efecto disuasorio que quiere perseguir el legislador, siendo su finalidad última, el “...proteger el interés general y colectivo”³⁹.

El derecho penal administrativo opera, según Santamaría Pastor, bajo la siguiente lógica: “La obligatoriedad de las normas jurídicas exige, lógicamente, que el ordenamiento establezca mecanismos de reacción eficientes y eficaces frente a las conductas que las incumplan. Cuando estas infracciones entrañan meramente una lesión a los derechos de personas concretas, la reacción del ordenamiento se limita a declarar la invalidez de los actos ilegales y, en algún caso, a crear una obligación de resarcir los daños causados a la persona lesionada. Sin embargo, cuando las conductas infractoras causan una lesión en intereses colectivos o revisten una especial gravedad, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de un mal o castigo al infractor por parte de la propia Administración del Estado...”, por ejemplo, a través de “la creación de una situación de carácter pasivo (p. ej., la obligación de pagar una multa), con las cuales se persigue tanto un fin de punición (de castigo al infractor) como un fin de prevención (de desaliento futuro de conductas similares)”⁴⁰.

Adicionalmente, la inexistencia en la actualidad de tribunales pertenecientes al Poder Judicial, especializados en materias contencioso-administrativas, traería aparejado como inevitable consecuencia, una jurisprudencia errática e insuficiente para contener y sancionar la comisión de infracciones administrativas, las cuales por regla general, tienen componentes eminentemente técnicos.

Es así como resulta incontrarrestable el argumento de que el conocimiento técnico jurídico lo poseen los propios órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar las diversas áreas en la cuales el derecho administrativo sancionador se presenta como una herramienta imprescindible para la efectividad del control que despliegan.

³⁹ ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Págs. 107-141.

⁴⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II*. Op., Cit. Pág. 371.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

En este sentido, parece capital “resaltar que la explicación de la autotutela administrativa confrontada con la función jurisdiccional de los tribunales, se manifiesta desde el otorgamiento de funciones o potestades que la ley entrega a la Administración, donde la autotutela ha constituido un primer paso o fase decisional de situaciones o finalidades en que la Administración encuentra competencia. Así, García De Enterría ha fundamentado el sistema de autotutela en consideración a que “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar la tutela judicial”. Ello, por su parte, se justifica “en razón de la expeditividad y eficacia en la gestión de los servicios y asuntos públicos que tiene confiada la Administración”, puesto que “parece claro que esta gestión no sería factible si la Administración tuviese que impetrar de los tribunales por vías comunes, propias de la vida civil, asistencia para imponer sus pretensiones o derechos cada vez que un administrado se opusiese a los mismos”⁴¹.

Finalmente, parece ocioso insistir incansable y tediosamente sobre el eventual abuso en el cual podrían incurrir los órganos administrativos en ejercicio de estas prerrogativas, ya que dicha visión obedece a un radicalismo ideológico sustentado en experiencias traumáticas del pasado que deben ser superadas en la actualidad ya que los tiempos han cambiado, teniendo por lo demás en consideración que siempre se prevé la posibilidad de recurrir ante los Tribunales de justicia garantizándose, de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona⁴².

F.- Conclusión.

La necesidad ineludible de atribuir prerrogativas sancionadoras a órganos de la Administración del Estado, queda de manifiesto tras plantear el estado de la complejísima sociedad contemporánea y la rapidez con que evolucionan los diversos campos de la economía en los cuales se requiere un control especializado, eficiente y eficaz, que jamás

⁴¹ PINILLA RODRIGUEZ, Francisco. *Las Denominadas Funciones Jurisdiccionales de los Órganos de la Administración del Estado: Apreciaciones a partir de la STC de 26 de Marzo de 2007*. Op. Cit., págs. 382-383.

⁴² Denominada también en el derecho español como “Derecho a la Jurisdicción”, según nos lo señala Fernández Sesgado Francisco en su artículo *El Derecho a la Jurisdicción y las Garantías del Proceso Debido en el Ordenamiento Constitucional Español*, publicado en *Ius Et Praxis, Derecho en la Región*, Año 5 N° 1. Editorial Universidad de Talca. 1999. Talca – Chile. Págs. 63-120.



podrían brindar los Tribunales Ordinarios de Justicia, salvo, quizás, con la creación – postergada eternamente en el tiempo- de una judicatura especializada en materias contencioso administrativas.

Desde la visión optimista -tal vez fundada en la juventud de quien escribe-, pensamos que el coincidir doctrinaria y jurisprudencialmente en plenitud en la conformidad de la existencia del derecho administrativo sancionador correctivo con la Constitución Política de la República, nos permitiría centrar y unificar los esfuerzos intelectuales para abocarnos en la determinación precisa de los principios constitucionales y reglas estructurales que deben regir el procedimiento administrativo sancionador y la consecuente imposición de sanciones administrativas, analizando la forma de implementar principios tales como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, derecho a la defensa, presunción de inocencia, *non bis in ídem*, entre otros, para darles una eficacia real.

La ausencia en el ordenamiento jurídico chileno de un marco legal de carácter general aplicable a todos los órganos administrativos con facultades fiscalizadoras, que determine la forma de ejercer dichas prerrogativas y sus limitaciones en la aplicación de las sanciones administrativas complejiza aun más el escenario.

Por ello, concordamos con Alejandro Nieto en orden a que “el problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino muchos más sencillamente –y también mucho más eficazmente- el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales. Y así, la “despenalización” de los procedimientos y garantías”⁴³.

Como lo hemos señalado anteriormente, “en nuestra opinión, ya no es tiempo de efectuar añejas y conservadoras críticas al ejercicio de esta potestad por parte de la Administración, lo que nos enfrasca sólo en una torpe y burda discusión teórica, mientras que en el día a día constatamos la necesidad de su existencia frente a las constantes violaciones a los valores e intereses que protege.

⁴³ Citado en: ROMAN CORDERO, Cristian. *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o No Ser? He ahí el dilema”*. Op. Cit. Pág. 120.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Por lo anterior, es que necesitamos un derecho administrativo sancionador operando en plenitud. Consideramos que el desafío, consiste en propender al aseguramiento y promoción de procedimientos sancionadores que respeten plenamente las garantías constitucionales de los administrados, y que a su vez, permitan de manera expedita la práctica de estas facultades represivas por el ente administrador.

Precisamente, el equilibrio entre las prerrogativas sancionadoras de la Administración del Estado y las garantías constitucionales de los administrados, nos debe conducir en la búsqueda de soluciones al problemático escenario que hasta el día de hoy nos presenta el derecho administrativo sancionador correctivo⁴⁴.

⁴⁴ CARCAMO RIGHETTI, Alejandro Antonio. *La Desmitificación del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Op., Cit., pág. 67.