

LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y LAS FRONTERAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*Cristián Román Cordero**

SUMARIO: I. Presentación. II. Generalidades. III. No todo Derecho Punitivo que no es penal, es Derecho Administrativo Sancionador. (A) Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal. (B) Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Disciplinario. (C) Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Contravencional (D). Derecho(s) Administrativo(s) Sancionador(es). (E) El Derecho Punitivo del Estado. IV. No todo acto formal desfavorable dispuesto por la Administración se rige por el Derecho Administrativo Sancionador. V. Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN

El Derecho Administrativo Sancionador se ha *desbordado*, y con él su marcado garantismo (que proviene de su ya indiscutida conexión con el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal –aunque “con matices”¹ y con la cualidad de “similar”², respectivamente–). Ello por cuanto se está extendiendo, dentro y fuera del Derecho Administrativo (en el cual dogmáticamente se “aloja”), más allá de lo que es su ámbito propio, la sanción administrativa. Así, en los hechos, ha comenzado a regir (o así se ha pretendido) respecto de actuaciones formales desfavorables de la Administración que no son, en rigor estricto, sanciones administrativas, y respecto de sanciones aplicadas por otros órganos del Estado –no por la Administración, razón por la que no pueden ser entendidas como sanción administrativa– e incluso respecto de aquellas que tienen el carácter de disciplinarias –tanto en el plano público como privado, y a pesar de no ser esta manifestación del *ius puniendi* del Estado–.

Pues bien, para evitar aquello, preciso es que el estudio del Derecho Administrativo Sancionador, que ha avanzado mucho en cuanto a sus garantías sustantivas y adjetivas, entre ahora de lleno en el concepto sanción administrativa, pues este es el natural lecho por el cual aquel

*Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, croman@derecho.uchile.cl

¹Entre otras, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N^{os} 244, 479, 480 y 2.264.

²Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N^o 2.682.

fluye. En este contexto, el presente trabajo pretende proponer algunos lineamientos a seguir.

Con dicho propósito, a continuación, me referiré al porqué de este *desborde* del Derecho Administrativo Sancionador (en el N° II), y, con posterioridad, a dos ideas, básicas por cierto, pero muy relevantes al efecto, cuales son: (a) No todo Derecho Punitivo que no es penal, es Derecho Administrativo Sancionador (en el N° III), y (b) No todo acto formal desfavorable dispuesto por la Administración se rige por el Derecho Administrativo Sancionador (en el N° IV). Finalmente, apuntaré algunas conclusiones.

II. GENERALIDADES

Conforme ya he señalado, actualmente, el Derecho Administrativo Sancionador está *desbordado*. Es así como ha comenzado a regir (o así se ha pretendido): (a) respecto de actuaciones formales desfavorables de la Administración que no son, en rigor estricto, sanciones administrativas; y (b) respecto de sanciones aplicadas por otros órganos del Estado –no por la Administración, razón por la que no son sanción administrativa– e incluso respecto de aquellas que tienen el carácter de disciplinarias –tanto en el plano público como privado, y a pesar de no ser estas manifestación del *ius puniendi* del Estado–.

¿Por qué se ha suscitado este problema? Estimo que esto se debe al somero tratamiento doctrinario que se ha efectuado del concepto sanción administrativa, y asimismo a dos ideas equivocadas, que a raíz de ello aún subsisten, y que se encuentran implícitas en la jurisprudencia inicial de nuestro Tribunal Constitucional sobre el Derecho Administrativo Sancionador³, cuales son:

1ª *Idea equivocada*: Todo ejercicio punitivo por el Estado que no es penal, es Derecho Administrativo Sancionador (incluso si el órgano que impone la sanción no es, en rigor estricto, Administración del Estado). De esta idea se sigue, además, otra igualmente equivocada: el Derecho Administrativo Sancionador es uno, y por tanto, uniforme. Así, a modo ejemplar, se plantea, sin cuestionamiento alguno (lo que se puede constatar en recientes monografías sobre aquel): (a) Que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia disciplinaria de funcionarios públicos (regidos por la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo) es plenamente aplicable al ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (aunque, en puridad, el primero es Derecho Disciplinario y el segundo Derecho Administrativo Sancionador); (b) Que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al ejercicio

³Entiendo por tales, las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s 244, 479 y 480.

de la potestad sancionadora por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (incluso, si lo es en sede de inaplicabilidad, caracterizada esta por resolver sobre los eventuales efectos contrarios a la Constitución de un precepto legal en un caso concreto⁴) es plenamente aplicable a la Superintendencia de Casinos de Juego (y aun cuando se trata de ámbitos sectoriales sustancialmente distintos); (c) El régimen disciplinario del Poder Judicial es Derecho Administrativo Sancionador (aun cuando, en estricto rigor, en este caso, el órgano que impone dichas sanciones no integre la Administración del Estado); y (d) Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en lo concerniente a la imposición de sanciones, se ha de regir por el Derecho Administrativo Sancionador (aun cuando, en estricto rigor, aquel no es un órgano de la Administración del Estado).

2ª *Idea equivocada*: Toda medida o acto desfavorable aplicado por la Administración es sanción administrativa y se rige por el Derecho Administrativo Sancionador. Así, por ejemplo, se ha llegado a sostener que la revocación, dispuesta por un alcalde, respecto de un permiso de ocupación de bien nacional de uso público que ha permitido a un particular instalar un quiosco en una plaza, con la finalidad de remodelarla, es una sanción administrativa. Y, en razón de ello, se ha exigido que, en su imposición, se observen las garantías adjetivas y sustantivas propias del Derecho Administrativo Sancionador (las cuales son, cabe recordar, esencialmente garantistas, ya que son las mismas del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, aplicadas “con matices” o con la cualidad de “similar”, respectivamente). De prosperar esta interpretación, el Derecho Administrativo Sancionador no solo se aplicaría a las sanciones administrativas sino que a los actos administrativos desfavorables que no son tales (o al menos no, en principio), con lo que se rigidizaría el ejercicio de esas potestades más allá de lo que resulta razonable, poniendo así en riesgo los intereses o fines que a través de ellas se resguardan.

¿De dónde provienen estas ideas equivocadas? A mi juicio, provienen, esencialmente, de los fundamentos que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido en consideración al configurar el Derecho Administrativo Sancionador en Chile. En efecto, dicha Magistratura, en lo medular, ha sostenido, en el plano sustantivo, que los principios que inspiran el orden penal se aplican “con matices” al Derecho Administrativo Sancionador⁵; y

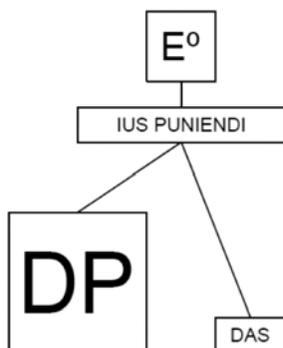
⁴Artículo 93, N° 6, de la Constitución Política de la República.

⁵Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s 244, 479, 480, 1.518 y 2.264. En efecto, la sentencia Rol 244 sostuvo: “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 tanto que la Rol N° 480: “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

en el plano adjetivo, que el procedimiento administrativo sancionador es “similar al penal”⁶. Y para ello ha tenido en consideración los siguientes fundamentos⁷: (a) El Derecho Administrativo Sancionador es, al igual que el Derecho Penal, manifestación del *ius puniendi* del Estado. Lo que puede plantearse como que el *ius puniendi* del Estado reconoce, disyuntivamente, dos formas a través de las cuales se manifiesta: o el Derecho Penal o el Derecho Administrativo Sancionador. De ello se sigue que la manifestación punitiva del Estado que no es penal, es entendida como Derecho Administrativo Sancionador, y viceversa; y (b) La sanción administrativa es ontológicamente una pena. De ello se sigue que el castigo estatal o es una pena o una sanción administrativa, o lo que es lo mismo: o se rige por el Derecho Penal o por el Derecho Administrativo Sancionador.

Lo señalado en la letra (a) precedente puede apreciarse, gráficamente, en este cuadro:

Cuadro 1



Este cuadro expone la tesis clásica del Tribunal Constitucional en cuanto a la existencia de un único *ius puniendi* del Estado, del cual se derivan el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Da a entender, implícitamente, que toda manifestación punitiva del Estado que no importe Derecho Penal, es Derecho Administrativo Sancionador.

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.

⁶Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.682. En efecto, esta sentencia sostuvo: “Que en el procedimiento civil ordinario, una vez concluido el período de discusión, corresponde al tribunal señalar cuáles serán los hechos que constituirán el objeto de la actividad probatoria de las partes (artículo 318 del Código de Procedimiento Civil). Cuestión diversa a lo que ocurre en el procedimiento administrativo sancionador, similar al penal, donde el objeto de la prueba estará constituido por los hechos o enunciados fácticos de la acusación y de la defensa, que en ellos se consideren sustanciales y relevantes”.

⁷Estos fundamentos pueden observarse muy especialmente en las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s 244, 479 y 480.

Pues bien, conforme he adelantado, en mi opinión, la solución de este problema pasa por precisar qué entendemos por sanción administrativa, ya que esta constituye el cauce natural por el que el Derecho Administrativo Sancionador ha de fluir, en tanto y en cuanto este último rige solo respecto de la imposición de estas.

Dicho lo anterior, estimo que la sanción administrativa comprende cinco elementos (los cuatro primeros, positivos, en tanto se deben verificar, y el último, negativo, en tanto que no):

(1^{er} elemento) La sanción administrativa tiene un patente sustrato administrativo que se puede apreciar en tres aspectos:

- (a) Ella es impuesta por la Administración del Estado, y no por otros órganos del Estado (por tanto, respecto de estos, en caso alguno es posible hablar de Derecho Administrativo Sancionador). Dado lo anterior, la primera base normativa a la que está afecto el ejercicio de potestades sancionadoras por la Administración es, por cierto, el Derecho Administrativo (por ejemplo, las Leyes N^{os} 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, y 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos⁸);
- (b) El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, dada su naturaleza administrativa y no jurisdiccional⁹, se conforma a un procedimiento administrativo, aunque no a cualquiera sino que al *debido procedimiento administrativo sancionador*. Así, respecto de los procedimientos administrativos sancionadores especiales o en defecto de ellos, rige, supletoriamente, la Ley N^o 19.880, sin perjuicio de que el procedimiento cuyas bases esta ley establece, en mi opinión, no satisface cabalmente los estándares del señalado *debido procedimiento administrativo sancionador*¹⁰. En este sentido cabe destacar

⁸Esto se puede observar, a modo ejemplar, en la argumentación seguida por la Corte Suprema en relación al decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Al efecto, véanse, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema Roles N^{os} 334-2015 y 7.554-2015.

⁹En este sentido, véanse, a modo ejemplar, las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N^{os} 124, 725 y 2.264. Estas sentencias, en lo medular, respectivamente señalan que “En el mismo sentido anterior se ha pronunciado la doctrina tal como lo señala el tratadista Enrique Sayagués Lazo al afirmar: “La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada. Por lo tanto, puede ser atacada por los distintos procedimientos que el derecho establece para impugnar los actos administrativos” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, pág. 426); “Que, en la especie, sin embargo, no existe ejercicio de facultades propiamente jurisdiccionales, que resuelvan conflictos entre partes, sino que se trata de potestades administrativas sancionadoras”; y “El hecho de que sea un acto administrativo implica descartar que se trate del ejercicio de funciones jurisdiccionales”.

¹⁰Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N^{os} 376 y 389. Estas sentencias declararon la inconstitucionalidad de dos proyectos de ley que otorgaban potestades sancionadoras a órganos de la Administración, por no establecer el procedimiento conforme al cual debían

que el propio Tribunal Constitucional, abandonando tesis pasadas¹¹, recientemente ha señalado que el procedimiento administrativo sancionador es “similar al penal”¹²; y

- (c) La sanción administrativa es un acto administrativo¹³, aunque especialísimo, vale decir, con características propias, muchas de las cuales son diametralmente distintas a las que singularizan a estos. Por ejemplo, los actos administrativos de sanción, a diferencia de los actos administrativos en general, una vez recurridos se suspenden o, lo que es lo mismo, se cumplen solo una vez ejecutoriados¹⁴, análogamente a como acontece con las sentencias penales¹⁵.

ser ejercidas, estando ya en vigor la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Por tanto, es dable colegir que dicha Magistratura, en dichas sentencias, entendió que el procedimiento cuyas bases precisa esa ley no cumple los estándares del *debido procedimiento administrativo sancionador*.

¹¹Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.413. En ella, dicha Magistratura, en lo medular, sostuvo: “Es más, en cuanto la Superintendencia de Quiebras es un órgano de la Administración del Estado, el afectado posee todos los derechos que le otorga la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, que recibe aplicación supletoria en virtud de su artículo 1°. La citada ley establece un verdadero ‘debido proceso administrativo’”.

¹²Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.682. En ella, dicha Magistratura, en lo medular, sostuvo: “el procedimiento administrativo sancionador, similar al penal”. Sin perjuicio de que ya, en la sentencia Rol N° 2.264, había aumentado el estándar de garantías que debía contemplar el procedimiento administrativo sancionador al plantear: “Por la otra, deben cumplir garantías vinculadas al debido procedimiento. El legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc.”.

¹³En este sentido, el dictamen N° 39.696-2005 de la Contraloría General de la República planteó que “la autoridad sanitaria (...) constituyen organismos que integran la Administración del Estado (...), esto es, son entidades de naturaleza administrativa, a las que la ley administrativa ha dotado de atribuciones para sancionar administrativamente, en base a un procedimiento también de carácter administrativo, cual es el sumario sanitario, la infracción a normas igualmente administrativas, como lo son las sanitarias. (/) Lo anterior determina, a la luz del Derecho Administrativo Sancionador, que el ejercicio de las potestades de la Administración para sancionar constituya, por tanto, una actividad de orden administrativo”.

¹⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1518. Cabe hacer presente que esto está en contradicción con lo previsto en el artículo 57, inciso 1°, de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en tanto previene que “La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”, sin perjuicio de lo dispuesto en su inciso 2°: “la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”.

¹⁵En efecto, el artículo 468 del Código Procesal Penal precisa: “Artículo 468.- Ejecución de la sentencia penal. Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo”.

(2º elemento) Desfavorable. En efecto, la sanción administrativa importa una reducción de la esfera de derechos (por ejemplo, la revocación de un acto administrativo favorable) o la imposición de una carga (por ejemplo, la multa).

(3º elemento) Reacción a la infracción administrativa. La sanción administrativa es una reacción a una infracción administrativa. Si un acto administrativo desfavorable no se halla en relación causal con una infracción administrativa, lisa y llanamente no es sanción administrativa, y, por tanto, su imposición no se rige por el Derecho Administrativo Sancionador, aunque sí por el Derecho Administrativo.

(4º elemento) La sanción administrativa tiene por objeto castigar/reprimir. Por tanto: (a) Si a través de un acto administrativo desfavorable no se busca castigar/reprimir conductas, lisa y llanamente no puede tener el carácter de sanción administrativa, tal como acontece, por ejemplo, con la orden de reintegro de subvenciones en los procedimientos homónimos, puesto que “responde a una potestad de resguardo o defensa del patrimonio público que no importa en su esencia la aplicación de una sanción administrativa”¹⁶; y (b) Si la Administración castiga/reprime a través del ejercicio de potestades administrativas distintas de la sancionadora, importaría el ejercicio desviado de fin o poder.

En correspondencia con todo lo señalado precedentemente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la sanción administrativa es un acto administrativo, que se dicta después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa”¹⁷.

(5º elemento) Con todo, hay dos casos en los cuales no obstante concurrir los elementos antes señalados, estimo, no nos encontramos frente a sanciones administrativas, cuales son: (a) las sanciones aplicadas por la Administración de naturaleza disciplinaria, y (b) las sanciones aplicadas por la Administración en el contexto de la contratación pública. En relación a las primeras, por cuanto ellas no son manifestación del *ius puniendi* del Estado, ni el Derecho Disciplinario, que las rige, un derecho relativo al castigo (o al menos, no prioritariamente), sino que más bien relativo a una organización, ya que su ejercicio busca que sus miembros conformen su conducta a las normas, estatutos, órdenes y/o postulados de ella, y así coadyuven de mejor modo al logro de sus fines específicos. A mayor abundamiento, el poder disciplinario puede ser ejercido no solo por órganos de la Administración, sino que también por otros órganos del Estado e incluso por particulares. Volveré más adelante sobre esta materia. Y en relación a las segundas, por cuanto ellas no obedecen al

¹⁶Dictamen de la Contraloría General de la República N° 22.483-2011.

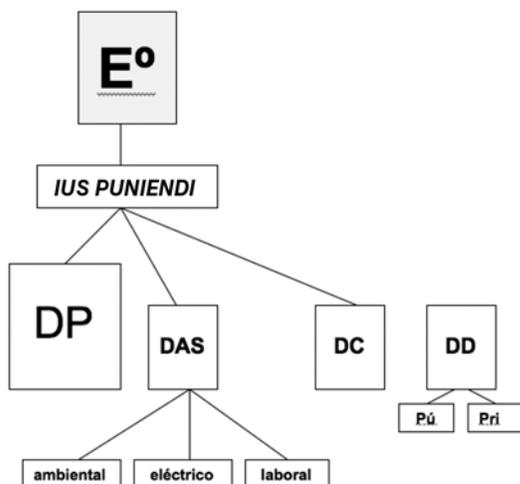
¹⁷Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.264.

incumplimiento del ordenamiento jurídico, lo que singulariza a las sanciones administrativas como reacción a las infracciones administrativas, sino que al incumplimiento de deberes contractuales¹⁸.

III. NO TODO DERECHO PUNITIVO QUE NO ES PENAL, ES DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En el Cuadro 1 he bosquejado la forma en la que el Tribunal Constitucional, implícitamente, ha estructurado el *ius puniendi* del Estado, del cual derivarían, por una parte, el Derecho Penal, y por otra, el Derecho Administrativo Sancionador. Por mi parte, estimo que aquel está estructurado de la siguiente manera (Cuadro 2):

Cuadro 2



Este cuadro expone mi visión sobre el *ius puniendi* del Estado. De él destaco: (a) La existencia del Derecho Administrativo Sancionador como manifestación del *ius puniendi* del Estado, junto al Derecho Penal, pero también junto al que denomino Derecho Contravencional (que dice relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a través de tribunales no penales, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los jueces de policía local o tribunales ordinarios –en materia de tráfico vehicular, forestal, consumidor, etcétera–, e incluso el Tribunal Constitucional, en materia de cese de funciones de parlamentarios); (b) La existencia del Derecho Disciplinario, pero no como una manifestación del *ius puniendi* del Estado o como una subrama del Derecho Administrativo Sancionador (como habitualmente se la entiende), sino como una rama autónoma, ligada a esta materia pero, a la vez, muy distinta. En efecto, si bien el Derecho Disciplinario importa la imposición de sanciones (sanciones disciplinarias), ellas están referidas a una organización, y más que punir infracciones, pretenden reconducir la conducta de sus integrantes conforme a sus normas, estatutos, órdenes y/o

¹⁸Por todos, véanse: Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 20.033-2013, 8.297-2012, 21.035-2012 y 65.248-2011.

postulados, y así coadyuven de mejor modo al logro de sus fines específicos. Es tan distante del *ius puniendi* del Estado, que se evidencia no solo en relación a la Administración, sino también en relación a los restantes órganos del Estado (Derecho Disciplinario Público), y los particulares (Derecho Disciplinario Privado), tal como el cuadro destaca; (c) En el Derecho Administrativo Sancionador se han ido marcando particularidades en función de los sectores en los que se desenvuelve, de tal suerte que hoy es posible hablar derechamente de Derecho(s) Administrativo(s) Sancionador(es). En el cuadro esto se ejemplifica con los Derechos Administrativos Sancionadores ambiental, eléctrico y laboral; y (d) La existencia de un Derecho Punitivo del Estado, que debiera comprender las garantías mínimas exigibles tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Contravencional.

A continuación analizaré someramente las relaciones y diferencias entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal (A), el Derecho Disciplinario (B) y el Derecho Contravencional (C). Y, asimismo, la creciente especialización que se advierte en el Derecho Administrativo Sancionador, esto es, los Derecho(s) Administrativos Sancionador(es) (D), y el olvidado Derecho Punitivo del Estado (E).

A. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO PENAL

El Derecho Administrativo Sancionador es, junto al Derecho Penal, una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Se trata de una disciplina autónoma que, inserta en el Derecho Administrativo, rige el ejercicio por la Administración de las potestades sancionadoras que la ley expresamente le ha atribuido. No es “Derecho Penal Administrativo”, puesto que esta fórmula sugiere que no sería más que una subrama del Derecho Penal, regida, en consecuencia, por sus principios y reglas, y a modo penal. Esta cuestión fue claramente zanjada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 244, de 1996, en tanto lo denominó correctamente como Derecho Administrativo Sancionador, y planteó que los principios que inspiran el orden penal son aplicables a él, aunque con matices. En todo caso, muy excepcionalmente, cabe aplicarle las reglas del Derecho Penal en relación a principios que sin reglas pierden vigencia, y siempre que ello sea favorable para el perseguido, tal como acontece, por ejemplo, con la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, respecto de las que, en defecto de norma legal expresa que las regle, tanto la jurisprudencia judicial como administrativa han aplicado los artículos 94 y 97 del Código Penal, en lo pertinente a las faltas¹⁹.

Al Derecho Administrativo Sancionador se aplican los principios inspiradores del orden penal en forma matizada, al modo de pauta y cota. Como pauta, en el sentido que se toman sus líneas medulares sobre las cuales se estructurarán los propios principios del Derecho Administrativo Sancionador. Y como cota, en el sentido que los principios penales aplicados

¹⁹Por todos, véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14.571-2005.

al Derecho Administrativo Sancionador no alcanzan el mismo garantismo que en el Derecho Penal. Esto obedece a que, entre otras razones, en este, a diferencia del Derecho Penal, no se puede afectar, ni aún en forma indirecta, la libertad individual. Asimismo, cabe precisar que el empleo de los principios del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador, con matices, debe realizarse hasta cuando este alcance la conformación de los suyos propios, proceso en el que se ha avanzado mucho y en el que es posible reconocer un gran desarrollo, por ejemplo, en lo concerniente a los principios de legalidad y tipicidad en cuanto a la conducta infraccional.

La decisión en cuanto al empleo del Derecho Administrativo Sancionador o del Derecho Penal para punir conductas ilícitas, corresponde al Legislador, pues es una cuestión de *mérito legislativo*²⁰, aunque lo óptimo sin dudas es que tribunales independientes e imparciales, no necesariamente penales, resuelvan sobre la imposición de sanciones. Con todo, estimo que, por aplicación del principio de proporcionalidad, los actos ilícitos que lesionen gravemente derechos fundamentales, solo pueden ser punidos a través del Derecho Penal, más aún si se considera que la sanción que muchos de ellos ameritan es la privación de libertad, y que conforme ha establecido el Tribunal Constitucional, su imposición es de reserva judicial exclusiva²¹.

Finalmente, cabe destacar que actualmente es muy habitual que el Legislador *trasvasije* tipos penales (o contravencionales, de los que conocen tribunales no penales) al Derecho Administrativo Sancionador, en conformidad al *principio de la intervención mínima* del Derecho Penal, mediante la *despenalización y administrativización*, en una misma ley, de una conducta ilícita. Con ello se está consolidando, en los hechos, una *intervención máxima del Derecho Administrativo Sancionador* y constituyendo a este en una suerte de *penultima ratio* o *prima ratio*. Tal práctica me parece del todo cuestionable, ya que, en sí, importa un retroceso de las garantías sustantivas y adjetivas que deben ser observadas en la punición de tales conductas ilícitas (en términos generales: se pasa desde la resolución que corresponde a un tribunal independiente e imparcial, conforme a un procedimiento jurisdiccional y a través de una sentencia, a la resolución que corresponde a un órgano de la Administración –dependiente y parcial–, conforme a un procedimiento administrativo y a través de un acto

²⁰Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.184.

²¹Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.518. Ella, en lo medular, sostiene que “el énfasis con que la Carta asegura especialmente la libertad personal, en sus artículos 1°, inciso primero, y 19, N° 7°, letra b), incluso durante los estados de excepción constitucional, lleva a sostener que toda privación de ella, en forma de pena de prisión, es materia de reserva judicial exclusiva, como ya se ha señalado. Así, incluso, acontece en el caso más afín con el artículo 169 que puede encontrarse en la legislación nacional (Ley N° 18.755, artículo 20)”.

administrativo)²². En esto radica, a mi juicio, el meollo del reproche que el Tribunal Constitucional recientemente ha efectuado al Legislador en las sentencias de control preventivo de constitucionalidad recaídas respecto de los proyectos de ley que fortalecían a la Dirección General de Aguas²³ y al Servicio Nacional del Consumidor²⁴ (aunque en ellos, en estricto rigor, el *trasvasije* se producía desde el Derecho Contravencional al Derecho Administrativo Sancionador), máxime cuando, tal como acontecía muy sensiblemente en el segundo de ellos, las potestades de fiscalización y sanción quedaban radicadas en un solo órgano de la Administración, infringiendo así el principio de imparcialidad, cada vez más presente y exigido por nuestros tribunales²⁵.

B. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO DISCIPLINARIO

Lo característico del Derecho Disciplinario es la existencia de una organización a la que una persona –natural– voluntariamente pertenece, bajo la lógica de una relación de sujeción especial²⁶. En ese marco, dicha persona debe conformar su actuar a las normas, estatutos, órdenes y/o postulados de la organización, que permitan a esta el logro de sus propios fines específicos, así como también el resguardo de su prestigio institucional, de suerte que si así no lo hace, es dable que esta le imponga sanciones disciplinarias para, valga la redundancia, disciplinarlo. De ahí que en el Derecho Disciplinario la mayor sanción sea la expulsión del disciplinado de la organización y que aquel disponga siempre el derecho de renunciar a ella.

El Derecho Disciplinario no es manifestación del *ius puniendi* del Estado. Por tanto, no es un Derecho que limite el poder de castigo sino

²²En este mismo sentido crítico, el Consejo de Estado de España ha reprochado esta práctica legislativa y en el dictamen del 27 de junio de 2013 ha señalado: “En suma, la supresión de las faltas que el Anteproyecto acomete supone una reforma de calado en el sistema penal español. La exclusión de algunas conductas del ámbito penal y de su jurisdicción, reconduciéndolas hacia la vía civil o administrativa (y contenciosa), implica una reducción de las especiales garantías del proceso penal que consagra el artículo 24 de la Constitución”.

²³Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.958.

²⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4.012.

²⁵Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7.358-2013. Esta sentencia, en lo medular, sostiene: “Que tal como es posible advertir, la legislación en examen, buscando asegurar la aplicación de los principios de objetividad e imparcialidad, separó las funciones de investigación y formulación de cargos, de la actividad sancionatoria, de tal manera que al obrar en la forma que se hizo por el señor Director Regional de la Superintendencia de Educación, de la Región Metropolitana, esto es, proceder a formular directamente los cargos y posteriormente él mismo imponer la sanción reclamada, ha incurrido en una infracción esencial del procedimiento que lo torna del todo ineficaz”.

²⁶Cabe apuntar la existencia de un solo caso en que ello no es así: el Derecho Disciplinario Público de reclusos.

más bien un Derecho a favor de la organización. De ahí que no tenga las notas marcadamente garantistas del Derecho Administrativo Sancionador (que sí es manifestación del *ius puniendi* del Estado y, en razón de ello, está “vinculado” al Derecho Penal, conforme ya se ha indicado). Lo anterior se justifica por el hecho de que el Derecho Disciplinario en lo absoluto puede constituirse en un obstáculo para el correcto desarrollo de las actividades propias de la organización. Siendo así, es equivocado plantear que cabe aplicar al Derecho Disciplinario los principios del Derecho Penal o del Derecho Administrativo Sancionador, incluso si es con matices, o bien, que pertenece a este último (como una subrama). A mi juicio, las garantías que el Derecho Disciplinario reconoce al disciplinado provienen de los derechos fundamentales que la Constitución asegura (ya sea por irradiación vertical u horizontal de esta), sin perjuicio de la existencia, en algunos casos, de normativa legal expresa al respecto (lo que acontece muy especialmente en los Derechos Disciplinarios Públicos).

Pueden disciplinar no solo los órganos de la Administración, sino que también otros órganos del Estado, e incluso particulares (esto acredita que el Derecho Disciplinario no es manifestación del *ius puniendi* del Estado). Dicho lo anterior, se reconoce la existencia de un Derecho Disciplinario Público y un Derecho Disciplinario Privado, que derivan de un mismo tronco común. En todo caso, en el primero, por corresponder el ejercicio del poder disciplinario a órganos estatales, los derechos fundamentales de los disciplinados parecen más evidentes y vinculantes dada la irradiación vertical de la Constitución (máxime cuando existe legislación específica sobre el particular), y menos en el segundo, por su irradiación horizontal, sin perjuicio de la paulatina consolidación de la teoría de la fuerza normativa de la Constitución. Con todo, pueden existir Derechos Disciplinarios sectoriales que se desarrollan, paralelamente, en ambos planos (público y privado), por ejemplo, el Derecho Disciplinario de estudiantes universitarios, los que, entre otras razones, por la identidad ontológica de los disciplinados, estimo, no debieran ser sustancialmente diversos, e incluso, por el contrario, tender hacia cierta uniformidad.

A la luz de lo señalado precedentemente, quedan en evidencia algunas diferencias existentes entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Administrativo Sancionador: (a) A través de él no se encauza el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; (b) El poder disciplinario se evidencia tanto en el plano público como privado. Y en el ámbito público, no solo a través de la Administración, sino que también a través de otros órganos del Estado; (c) Opera en el marco de una organización, respecto de las personas –naturales– que voluntariamente la integran, y no en relación a terceros; y (d) Bien se puede decir que es un Derecho a favor de la organización (y no del disciplinado), razón por la que es sustancialmente menos garantista que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, que sí son manifestación del *ius puniendi* del Estado.

Veamos a continuación algunos aspectos de los Derechos Disciplinarios Público y Privado:

(i) *Derecho Disciplinario Público*. En este caso el poder disciplinario lo ejerce un órgano del Estado; no solo su Administración. Por ejemplo, el poder disciplinario ejercido por la Administración en general, respecto de los funcionarios públicos; por Carabineros de Chile, respecto de sus miembros; por universidades estatales, respecto de sus estudiantes; por el Poder Judicial, respecto de jueces, funcionarios judiciales y auxiliares de la administración de justicia; por el Ministerio Público, respecto de fiscales y otros funcionarios de este; etcétera.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación al Derecho Disciplinario Público, en específico el Judicial. Y, coincidentemente con lo que he señalado, respecto de la elaboración jurisprudencial relativa al principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador (en específico, aquel desarrollado en las sentencias Roles N°s 479 y 480), planteó que “No cabe extender tales razones a la actividad disciplinaria del Poder Judicial, pues esta no forma parte del *ius puniendi* del Estado, ni tiene por objeto la prevención general de sujetos indeterminados, sino la disciplina de quienes cumplen una determinada función pública y quedan por ello sujetos a especiales obligaciones cuyo cumplimiento resulta necesario para el buen funcionamiento de un órgano del Estado, todo ello en base a sus respectivos estatutos”²⁷.

(ii) *Derecho Disciplinario Privado*. En este caso el poder disciplinario lo ejerce no un órgano del Estado sino que particulares. Por ejemplo, el poder disciplinario ejercido por universidades y colegios privados²⁸, clubes sociales²⁹, el Cuerpo de Bomberos³⁰, colegios profesionales, etcétera.

La litigación sobre esta materia es creciente. Por su parte, la jurisprudencia, en base a la irradiación horizontal de la Constitución (*drittwirkung der grundrechte*), ha ido exigiendo la observancia de ciertas garantías mínimas al ejercicio del poder disciplinario en el plano privado, como, por ejemplo, el debido proceso. Esta línea jurisprudencial ha sido validada recientemente, a través de la modificación introducida al artículo 553 del Código Civil por la Ley N° 20.500, del año 2011. En efecto, este precepto legal actualmente dispone que el ejercicio del poder disciplina-

²⁷Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747. En un sentido análogo (dando prevalencia del interés de la organización y la función por sobre los derechos de sus miembros disciplinados), véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.133.

²⁸Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3.116-2013.

²⁹Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3.277-2012.

³⁰Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2.377-2013. Cabe recordar que, conforme dispone la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.295, el Cuerpo de Bomberos es una institución de utilidad pública.

rio en asociaciones debe realizarse mediante un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados, y asimismo que el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario (principio de imparcialidad)³¹. Se trata, conforme se observa, de una suerte de *constitucionalización* del Derecho Disciplinario Privado que ha operado a través de ley (i).

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia en relación al Cuerpo de Bomberos³². En lo que nos interesa, ha planteado que las garantías del Derecho Disciplinario Privado son mucho más laxas que aquellas presentes en los Derechos que son manifestación de *ius puniendi* del Estado (Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador), ya que aquel no puede limitar la capacidad de gobierno y autonomía de la organización. En lo medular, sostuvo: “Que el régimen sancionatorio en sede administrativa, esto es, el susceptible de verificar las infracciones a comportamientos o deberes de la organización, no se aplica en el modo en que se ejercen potestades públicas penales sino que se aplican criterios más laxos, propios del Derecho Administrativo Sancionador que acoge ‘con matices’ las reglas de la tutela judicial y el debido proceso. Pero esos matices son más intensos que en el ámbito del ‘*ius puniendi* estatal’, puesto que han de representar la capacidad de gobierno y autonomía de la propia asociación. Una extensión desmedida que aplicase, sin más, las reglas sancionatorias sustentadas en principios penales ortodoxos debilitaría la actividad privada de un partido político, de un sindicato o de una asociación como Bomberos”. Con todo, ha precisado que, “esta capacidad de autogobierno limita en la frontera del respeto básico y esencial de los derechos fundamentales de los asociados. De la autoridad para sancionar no puede deducirse un derecho para penalizar sin sujeción a formas y procedimientos racionales y justos. La titularidad asociativa no otorga prerrogativas para vulnerar bienes jurídicos considerados constitucionales”.

Cabe destacar que esta sentencia contó con una muy interesante prevención del Ministro Domingo Hernández Emparanza, la que, en correspondencia con lo que he planteado, sostuvo: “Que, penetrando

³¹En efecto, la actual redacción de dicho precepto legal es la siguiente: “Artículo 553. Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las sanciones que los mismos estatutos impongan. (l) La potestad disciplinaria que le corresponde a una asociación sobre sus asociados se ejercerá a través de una comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza, que tendrá facultades disciplinarias respecto de los integrantes de la respectiva asociación, las que ejercerá mediante un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados. En todo caso, el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario”.

³²Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.627.

en el ámbito disciplinario, la cuestión se complejiza todavía más. En efecto, en esta sede es indispensable distinguir entre el ámbito público y el privado. La potestad disciplinaria pública, si bien sigue siendo estatal, reposa esencialmente sobre lo que se ha venido en llamar “relaciones especiales de sujeción”, concepto fuertemente criticado por consistir casi en una aporía, indefinible con precisión, no obstante lo cual es al menos útil para denotar que se trata de ciertos ámbitos organizacionales del Estado, en donde algunas personas que pertenecen a los mismos en diversas calidades, quedan sujetas a un grado más intenso de autoridad, especialmente del jefe de servicio o jerarca de la institución –unipersonal o colegiado–, que lo habilita para tomar medidas sancionatorias de modo sumario, en conexión con la gestión de la institución más que con un castigo penal o penal administrativo por un ilícito propiamente tal. (7) Ello ocurre, verbigracia, con la disciplina escolar o universitaria (en establecimientos públicos), militar, policial, judicial, sanitaria (internación hospitalaria por razones de salud física o mental), funcionarios públicos sujetos a estatuto administrativo estatal, municipal u otro, etcétera. En estos casos, puede discutirse que se trate del ejercicio del genuino *ius puniendi*, ya que más bien se ejerce la gestión administrativa interna de una institución o servicio públicos, no obstante lo cual cabe la aplicación de algunos principios y normas generales sancionatorias, fundamentalmente por razones garantistas de derechos fundamentales en vez que como consecuencia del estatuto de un verdadero derecho a castigar”.

C. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO CONTRAVENCIONAL

El Derecho Contravencional es manifestación del *ius puniendi* del Estado. Se caracteriza porque tribunales no penales imponen la sanción. Ello acontece, por ejemplo, en los ámbitos forestal (Juzgados de Policía Local), libre competencia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), tráfico (Juzgados de Policía Local), ordenanzas municipales (Juzgados de Policía Local), cese en el cargo de parlamentarios (Tribunal Constitucional), etcétera. Conforme se observa, en estos casos la Administración no aplica sanciones, razón por la que no se puede calificar como Derecho Administrativo Sancionador, pero tampoco lo hace un tribunal penal, razón por la que tampoco se puede calificar como Derecho Penal. Se trata, por tanto, de un *tercer genus*, el que denomino Derecho Contravencional.

El Derecho Contravencional se diferencia del Derecho Administrativo Sancionador por el hecho que: (a) Tribunales no penales imponen las sanciones. No la Administración, aunque, habitualmente, cuando así lo ha dispuesto la ley expresamente, esta sirve un relevante rol fiscalizando y, en su caso, denunciando ante ellos los hechos que estime constitutivos

de contravención; y (b) Dichos tribunales, al imponer sanciones, ejercen jurisdicción (aunque no penal). Por tanto, se conforman a un procedimiento jurisdiccional y lo realizan a través de una sentencia.

¿Qué normas comprende el Derecho Contravencional? Comprende, en primer lugar, las normas específicas que atribuyen el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al respectivo tribunal no penal. Seguidamente, por los principios del Derecho Punitivo del Estado, los que lamentablemente aún no tienen desarrollo dogmático, conforme veremos más adelante, y, estimo, al igual que el Derecho Administrativo Sancionador, por los principios que inspiran el orden penal con matices, aunque estos deberán ser mayores que en él, ya que en el Derecho Contravencional quien aplica la sanción es un tribunal, lo hace a través de un procedimiento jurisdiccional y por medio de una sentencia.

Veamos algunos casos en los que se ha advertido la existencia de esta especial forma de ejercicio del *ius puniendi* del Estado:

– *Caso Clodomiro Almeyda*³³. Este reconocido político, a comienzos de los años 80, fue denunciado ante el Tribunal Constitucional por cuanto habría incurrido en conductas sancionadas por el originario artículo 8º de la Constitución. Este precepto establecía que “las personas que incurran o hayan incurrido” en conductas tales como “propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República”, serían punidas con la imposibilidad de “optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal”. Buena parte de los hechos denunciados habían tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Constitución. En este contexto, dicha Magistratura, competente para imponer esta sanción, resolvió que, a pesar de no tratarse, en rigor estricto, de un ilícito penal, resultaba igualmente aplicable el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, no obstante la redacción marcadamente penal con la que él está consagrado en la Constitución³⁴. Conforme se aprecia, se trataba del ejercicio del *ius puniendi* del Estado radicado en un tribunal no penal; por tanto, Derecho Contravencional.

– *Caso Alejandro Navarro*³⁵. Dicho senador fue denunciado ante el Tribunal Constitucional por cuanto habría incurrido en conductas ilícitas indicadas en el artículo 60, inciso 4º, de la Constitución (ejercitar “cualquier influencia ante las autoridades administrativas o judiciales en favor

³³Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 47.

³⁴Artículo 19, N° 3, inciso 8º, de la Constitución Política de la República.

³⁵Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 970.

o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado”), que son punidas con la cesación en el cargo parlamentario. Esta Magistratura, competente para imponer esta sanción, reconoció que esta cuestión no era propia del Derecho Penal, pero tampoco del Derecho Administrativo Sancionador, así la calificó vagamente como “ilícito constitucional” y “conductas que se sancionan”. En efecto, en lo medular, expresó: “Las causales de cesación en los cargos parlamentarios no son hechos de relevancia penal en estrictos términos, en el sentido acogido para entender la reserva legal del inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, sino que son parte de la categoría “ilícito constitucional” empleada para calificar las causales de acusación constitucional que no son constitutivas de delito. Sin embargo, sí son “conductas que se sancionan” y por lo tanto su descripción debe encontrarse expresamente en la ley o, en este caso, en la propia normativa constitucional”. Conforme se aprecia, se trataba del ejercicio del *ius puniendi* del Estado radicado en un tribunal no penal; por tanto, Derecho Contravencional.

– *Caso Pullman Bus Costa Central*³⁶. Trata sobre un requerimiento de inaplicabilidad deducido ante el Tribunal Constitucional en contra de los artículos 26, letra c), y 3° del DL N° 211, pues establecerían un mismo rango de sanciones para conductas que aparentemente revisten distinta gravedad (*poner en riesgo la libre competencia y afectar la libre competencia*), con lo que, se planteó, se infringiría el principio de proporcionalidad de las sanciones. Cabe destacar que la imposición de la sanción corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y ante él se tramitaba la gestión pendiente invocada.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento deducido, entre otras razones, porque el órgano facultado para sancionar en la especie era un tribunal, que como tal ejerce jurisdicción, que lo hace a través de una sentencia (como tal, fundada) y respecto de la cual caben recursos. Por todo ello, concluyó que la discrecionalidad que detenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para imponer sanciones en el caso concreto, no producía efectos contrarios a la Constitución³⁷. Conforme

³⁶Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.658.

³⁷En este sentido, el Tribunal Constitucional, en esta sentencia Rol N° 2.658, planteó: “A este respecto, aparece suficiente que el citado Decreto Ley N° 211 garantice que la aplicación de las sanciones le corresponde a un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (artículo 5°), que además reviste las características de ser colegiado, de excelencia y especializado (artículo 6°). A lo que se suma que a los sancionados por dicho tribunal se les abre la posibilidad de entablar un recurso de reclamación para ante la misma Corte Suprema (artículo 27); (/) Décimo: Que, además, la observancia práctica del principio de proporcionalidad conlleva una lógica ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción. (/) Por ello,

se aprecia, se trataba del ejercicio del *ius puniendi* del Estado radicado en un tribunal no penal; por tanto, Derecho Contravencional.

Cabe destacar que si dicha discrecionalidad para graduar las sanciones a imponer hubiese estado radicada en un órgano de la Administración, vale decir, regido por el Derecho Administrativo Sancionador, muy probablemente el Tribunal Constitucional sí hubiese acogido el requerimiento, máxime cuando las circunstancias fácticas, conforme se aprecia, guardaban analogía con las del denominado caso Cascadas/Guzmán Lyon³⁸.

– *Caso Empresas Ariztía*³⁹. Trata sobre un requerimiento de inaplicabilidad deducido ante el Tribunal Constitucional en contra de los artículos 29 del DL N° 211 y 385, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil, y cuya gestión pendiente, radicada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, decía relación con la imposición de sanciones. Se planteaba, en lo medular, que el señalado artículo 385, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil (que permite declarar bajo juramento sobre hechos propios, y aplicable a la gestión judicial pendiente, en forma supletoria, en conformidad a lo previsto en el artículo 29 del DL N° 211), de ser aplicado en el caso concreto, produciría efectos contrarios a la Constitución, consistentes en la infracción de su artículo 19, N° 7, letra f), que proscribía la autoincriminación en causas criminales.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento sosteniendo que esta garantía opera, por razones de texto, solo en relación a causas criminales⁴⁰. Sin perjuicio de lo cual observó que “Con todo, la ley podría de

la ley requiere que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronuncie sus veredictos de manera fundada (artículo 26, inciso primero), descartando así cualquier idea de poder irrestricto e ilimitado, abierto a la arbitrariedad, comoquiera que al ejercer su innata discrecionalidad, esto es al juzgar y en la disyuntiva de adjudicar una específica sanción, necesariamente habrá de discernir retribuyendo lo suyo a cada cual, conforme a parámetros elementales de justicia y equidad; (/) Decimoprimeramente: Que, de otra parte, siendo que dicho órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a los principios de juridicidad y de proporcionalidad, no le es dado prescindir de aquellas circunstancias que la propia ley obliga imperativamente a considerar al momento de determinar las correspondientes multas, cuales son –entre otras– ‘el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción’, la ‘reincidencia’ o reiteración y ‘la gravedad de la conducta’ (artículo 26, inciso tercero)”.

³⁸Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.922.

³⁹Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.381.

⁴⁰El Tribunal Constitucional, en esta sentencia Rol N° 2.381, en lo medular, señaló: “DÉCIMO: Que el primer elemento que exige la aplicación de la letra f) del numeral 7° del artículo 19 es la existencia de un tipo especial de procedimiento: ‘las causas criminales’, esto es, aquellas que persiguen la responsabilidad penal generada por la posible comisión de un crimen o simple delito. El constituyente, sin duda, ha querido reconocer esta garantía en un procedimiento en particular y no como una garantía general de todo procedimiento, pues éstas se encuentran en el numeral 3° del artículo 19. Asimismo, su inclusión en el numeral 7° del artículo 19, que versa sobre la libertad personal y la seguridad individual, dirige su aplicación a la tutela de ambas garantías, que por regla general pueden verse afectadas como resultado de una causa criminal. La prohibición de autoincriminación beneficia, entonces, a

acuerdo con el propio contenido de la citada letra f), extender el derecho a guardar silencio a otras personas en otros procedimientos de acuerdo a los casos y circunstancias. Dicha garantía adquiriría en tal supuesto, con rango legal, plena vigencia en otros procedimientos”.

Y en lo que nos interesa, planteó que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a través del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, si bien no era Derecho Penal, tampoco Derecho Administrativo Sancionador, razón por la cual sus principios y reglas le resultaban completamente ajenas. En lo medular sostuvo: “no es posible sostener que el tribunal que conoce de la gestión pendiente de autos esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, ya que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelve un conflicto de relevancia jurídica originado en la acción de un individuo que, aparentemente, ha quebrantado el ordenamiento jurídico, mediante un proceso y con efecto de cosa juzgada (...). En consecuencia, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimientos generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador. Por la razón indicada no es posible invocar en este caso la jurisprudencia de esta Magistratura que admite que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal y que, por tal motivo, hace pertinente la aplicación, con matices, de igual estatuto (STC Rol N° 1518, considerando 6°)”.

D. DERECHO(S) ADMINISTRATIVO(S) SANCIONADOR(ES)

El Derecho Administrativo Sancionador en Chile se encuentra *atomizado* en lo que podemos llamar Derecho(s) Administrativo(s) Sancionador(es), que precisan un conjunto de normas legales en relación a distintos órganos de la Administración que tienen expresamente atribuidas potestades sancionadoras [Por ejemplo: (a) En el ámbito eléctrico (Derecho Administrativo Sancionador Eléctrico): entre otras, la Ley N° 18.410 y el DS N° 119; (b) En el ámbito sanitario (Derecho Administrativo Sancionador Sanitario): entre otros, el código del ramo; (c) En el ámbito ambiental (Derecho Administrativo Sancionador Ambiental): entre otros, la Ley N° 20.417; y

quien encuentra amenazada su libertad personal o seguridad individual en el curso de una causa criminal; (l) Decimoprimer: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si la prohibición de autoincriminación es extensible a procedimientos jurisdiccionales no criminales o a actuaciones administrativas que pudiesen afectar la libertad personal o la seguridad individual. Como ha quedado dicho, en procedimientos jurisdiccionales no criminales no es procedente la aplicación directa de la letra f) del numeral 7° del artículo 19, pues ella de modo explícito y con un propósito claro se refiere sólo a las ‘causas criminales’”.

(d) En el ámbito laboral (Derecho Administrativo Sancionador Laboral): entre otros, el Código del Trabajo, la Ley N° 14.972 y Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social].

Ahora bien, tal *atomización* se ha atemperado a través de la jurisprudencia (constitucional, judicial y administrativa), misma que ha ido conformando lentamente una teoría *general* respecto del Derecho Administrativo Sancionador (y del *Derecho Punitivo*, en general), y a su vez *especial*, en relación a específicos sectores en los que este se evidencia (por ejemplo, sanitario, ambiental, eléctrico, valores y seguros, televisivo, etcétera), en cuya conformación ha ido adquiriendo características propias en correspondencia con las particularidades del sector, por ejemplo: (a) en el ámbito eléctrico existe una marcada atenuación del principio de legalidad y tipicidad –en atención al tecnicismo y mutabilidad de la materia regulada⁴¹–; (b) en el ámbito televisivo, una *objetivización* del principio de culpabilidad –la culpa se evidencia como la mera o simple inobservancia de la norma⁴², en atención a la relevancia que tanto el Constituyente como el Legislador le han conferido al *correcto funcionamiento del servicio televisivo*–; (c) en el ámbito ambiental, una preferencia a prevenir y evitar la ocurrencia del daño ambiental que a sancionar, lo que da sustento a mecanismos tales como la *autodenuncia*; y (d) en el ámbito laboral, atemperando el fin represivo del Derecho Administrativo Sancionador, en orden a no afectar la continuidad de la empresa⁴³, por ejemplo, distinguiéndolas por tamaño para los efectos de aplicar medidas provisionales, sanciones e incluso para ejercer el principio de oportunidad.

E. EL DERECHO PUNITIVO DEL ESTADO

Cabe, finalmente, destacar la existencia de un Derecho Punitivo del Estado. A este alude expresamente el Tribunal Constitucional cuando señala, muy especialmente en la sentencia Rol N° 244, de 1996, que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son manifestación del *ius puniendi* del Estado. Lamentablemente, hasta el momento no ha sido objeto de estudio por la doctrina acorde con su relevancia, la que radica

⁴¹Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.264. Así, por ejemplo, esta sentencia sostuvo que “las órdenes dadas por la Superintendencia ejecutan un mandato legal, que es imposible que pueda tener mayores niveles de precisión o densidad, dada la complejidad, dinamicidad y aspectos técnicos involucrados en estos asuntos. De ahí que la ley convoque a la complementación de la Administración, facultándola para impartir órdenes que concreten deberes legales. (...)”. En el mismo sentido, véanse las sentencias de la Corte Suprema Roles N°s 2.518-2010 y 10.045-2011.

⁴²Por ejemplo, véase: Acta de la sesión ordinaria del Consejo Nacional de Televisión del día lunes 7 de enero de 2013, p. 11 y ss.

⁴³Esto se puede advertir por ejemplo en el voto por acoger de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.346. Asimismo, en el voto disidente del Ministro Iván Aróstica Maldonado en la sentencia Rol N° 1.968.

en el hecho que aquel informa al Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Contravencional, constituyendo así un mínimo común a todos ellos exigible.

¿Qué garantías integran este Derecho Punitivo del Estado? A mi juicio, lo integran, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, prescripción, irretroactividad de la ley penal/sancionadora desfavorable, el derecho al proceso, etcétera. Un ejemplo de su lenta conformación se encuentra precisamente en el principio de la irretroactividad de la ley penal/sancionadora desfavorable, pues, no obstante la redacción marcadamente penal con la que ha sido consagrado en nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional le ha otorgado un carácter amplio, de suerte tal que opere no solo en el Derecho Penal, sino que, además, en el Derecho Contravencional y en el Derecho Administrativo Sancionador. En efecto, dicha Magistratura ha observado, “Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, el Tribunal Constitucional ha atribuido a la mencionada garantía una amplia connotación, en diversas épocas y en litigios de la mayor trascendencia, haciéndola comprensiva de ilícitos constitucionales (requerimiento Rol 46, contra Clodomiro Almeyda M.) y de sanciones administrativas (requerimientos roles 479 y 480, de Compañía Eléctrica San Isidro S.A. e Ibener S.A., respectivamente)”⁴⁴.

IV. NO TODO ACTO FORMAL DESFAVORABLE DISPUESTO POR LA ADMINISTRACIÓN SE RIGE POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El Derecho Administrativo Sancionador, inserto en el Derecho Administrativo, es sustancialmente más garantista que este, dada su vinculación con el Derecho Penal y Procesal Penal, conforme he explicado. En razón de ello, existe hoy una marcada tendencia por parte de los destinatarios de actos formales desfavorables de la Administración en orden a querer ver en ellos sanciones administrativas, y así exigir la observancia de las garantías sustantivas y adjetivas propias del Derecho Administrativo Sancionador. Mas, conforme he señalado, este solo opera respecto de la imposición de sanciones administrativas. De lo contrario, vale decir, si el Derecho Administrativo Sancionador se aplicara respecto de actos administrativos desfavorables que no son sanciones administrativas, se rigidizaría el ejercicio de las respectivas potestades más allá de lo que resulta razonable, poniendo de este modo en riesgo los intereses o fines que a través de ellas se resguardan.

⁴⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.499.

Habiendo abordado ya los elementos que configuran las sanciones administrativas, a continuación revisaré casos en los cuales se ha suscitado esta discusión:

– *Caso gato Jemimo*⁴⁵. Trata sobre un gato, cuyo nombre era Jemimo, que, según los vecinos, expelía malos olores, razón por la que denunciaron a su dueña ante la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud. Este órgano de la Administración inició un sumario sanitario en su contra que concluyó con una resolución administrativa que le impuso la sanción de amonestación y la “reubicación de mascota”. Habiendo deducido recurso de protección contra dicha resolución, la Corte Suprema lo acogió pues, sostuvo, las sanciones administrativas solo podían ser establecidas expresamente por la ley, y como el Código Sanitario no establecía la sanción administrativa de “reubicación de mascota”, el actuar del señalado órgano de la Administración devenía en ilegal. En efecto, en lo medular, sostuvo: “no se advierte en el catálogo de sanciones la posibilidad de ‘reubicar mascota’, no mencionando la resolución cuál es la facultad ni disposición que la autorice para la orden impuesta, siendo las sanciones administrativas de naturaleza estricta, ...”. (l) Sexto: “Que advertido lo anterior y no constando que la autoridad administrativa tenga facultad legal para disponer ‘reubicar’ al animal de la recurrente, sin perjuicio de las sanciones que se pueden imponer por infracciones acreditadas en un proceso previo y legalmente tramitado, la actuación deviene en ilegal y procede acoger el recurso en cuestión”⁴⁶.

– *Caso retiro de postación de faja fiscal*⁴⁷. El Tribunal Constitucional ha señalado que la orden de retiro de la postación situada en la faja fiscal de caminos públicos que puede ordenar la Dirección de Vialidad, conforme a lo previsto en el artículo 41 del DFL 850, no es sanción administrativa sino que una coacción administrativa directa. Con todo, la infracción de la señalada orden, sí puede dar lugar a una sanción administrativa. En lo medular, sostuvo: “No estamos en presencia de una sanción administrativa. (...) Dicho mecanismo es lo que se conoce como coacción administrativa directa, que permite que por una orden de ejecución, sin un título ejecutivo previo o incumplido, como sería el caso de la ejecución forzosa del acto administrativo, se pone término a una situación de hecho o se protege la posesión de los bienes que administra un órgano de la Administración o

⁴⁵Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2.446-2013.

⁴⁶Me parece que la “reubicación del gato” no era una sanción administrativa sino que una medida de restablecimiento de la legalidad, anexa a la sanción administrativa, que podría haber estado fundada en el artículo 177 del Código Sanitario (“exigiendo que se subsanen los defectos que dieron origen a la infracción...”), lo que, según da cuenta el fallo de la Corte Suprema, no fue explicitado en la respectiva resolución administrativa.

⁴⁷Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2069.

que sean de su patrimonio. (...) Dicho de otra forma, el retiro no es una sanción. Esta vendrá como consecuencia del incumplimiento del retiro”.

– *Caso compensaciones interrupción del servicio eléctrico*⁴⁸. El Tribunal Constitucional ha establecido que la compensación inmediata que las empresas distribuidoras de electricidad deben efectuar a sus clientes, en los casos de interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, en conformidad a lo previsto en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410, no es sanción administrativa sino responsabilidad civil. En efecto, en lo medular, señaló que dicho precepto legal “consagra una evaluación legal de los perjuicios que, a modo de indemnización, deben pagar las concesionarias de servicio público de distribución a los consumidores cuyas tarifas están afectas a regulación oficial, en caso de detención indebida del suministro eléctrico”⁴⁹.

– *Caso compensaciones por interrupción del servicio telefónico*⁵⁰. En el mismo sentido, respecto de la compensación por interrupción del servicio telefónico, establecida en el artículo 27 de la Ley N° 18.168, el Tribunal Constitucional sostuvo: “Que asimismo corresponde desestimar la alegación de la actora en cuanto a que la norma legal objetada infringe la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal (artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Carta Política), toda vez que aparece de manifiesto que el inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 18.168 no impone responsabilidad penal a la empresa concesionaria del servicio público telefónico por el hecho de la suspensión, interrupción o alteración de la prestación del mismo, sino simplemente contempla responsabilidad civil del prestador, expresada en la obligación de restituir la parte del cargo fijo correspondiente a la fracción de tiempo en que no se ha cumplido con la prestación y, adicionalmente, una cláusula penal de naturaleza civil cuando la suspensión o interrupción del suministro se hubiere extendido a más de tres días consecutivos en el mismo mes calendario. Obligaciones de tal índole se inscriben por completo en el marco de las relaciones contractuales de las partes, reguladas con sentido de equilibrio y ecuanimidad por el legislador respecto de contratos que se

⁴⁸Sentencia del Tribunal Constitucionales Roles N°s 2161-2163-2190-2198 (acumulados).

⁴⁹En puridad, es una “penalización económica automática”, instituto que se caracteriza por ser establecido por ley, pretasado por esta y operar automáticamente, y que tiene por finalidad reforzar la prevención de conductas infractoras (desalentarlas) especialmente cuando las sanciones administrativas y las responsabilidades patrimoniales que de ellas se derivan no cumplen satisfactoriamente dicho propósito (piénsese, por lo pronto, que ambas están supeditadas a la tramitación de sendos procedimientos administrativos o jurisdiccionales, según corresponda).

⁵⁰Sentencia del Tribunal Constitucional Roles N°s 694-695 (acumulados).

suscriben por adhesión para la prestación de servicios de utilidad pública, y resultan ajenas a la connotación de ejercicio del *ius puniendi* estatal que ha querido ver la requirente”.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, puedo señalar:

1. El Derecho Administrativo Sancionador está *desbordado*. Es así como ha comenzado a regir (o así se ha pretendido): (a) respecto de actuaciones formales desfavorables de la Administración que no son, en rigor estricto, sanciones administrativas; y (b) respecto de sanciones aplicadas por otros órganos del Estado –no por la Administración, razón por la que no son sanción administrativa– e incluso respecto de aquellas que tienen el carácter de disciplinarias –tanto en el plano público como privado, y a pesar de no ser estas manifestación del *ius puniendi* del Estado–.
2. La solución de este problema pasa por precisar qué entendemos por sanción administrativa, ya que esta constituye el cauce natural por el que el Derecho Administrativo Sancionador ha de fluir, en tanto y en cuanto este último rige solo respecto a la imposición de estas. En este contexto, la sanción administrativa comprende cinco elementos: 1º. La sanción administrativa tiene un patente sustrato administrativo (la impone la Administración, a través de un procedimiento administrativo y se contiene en un acto administrativo); 2º. Es un acto administrativo desfavorable; 3º. Es reacción a una infracción administrativa; 4º. Tiene por objeto castigar/reprimir; y 5º. No son sanción administrativa las sanciones aplicadas por la Administración de naturaleza disciplinaria, y las sanciones aplicadas por la Administración en el contexto de la contratación pública.
3. En la estructura del *ius puniendi* del Estado deben considerarse, aparte del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: (a) el Derecho Contravencional que dice relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a través de tribunales no penales, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los jueces de policía local o tribunales ordinarios –en materia de tráfico vehicular, forestal, consumidor, etcétera–, e incluso el Tribunal Constitucional, en materia de cese de funciones de parlamentarios; y (b) el Derecho Punitivo del Estado, que debiera comprender las garantías mínimas exigibles tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Contravencional.

Asimismo, el Derecho Disciplinario, pero no como una manifestación del *ius puniendi* del Estado o como una subrama del Derecho Administrativo Sancionador (como habitualmente se la entiende), sino como una rama autónoma, ligada a esta materia pero, a la vez, muy distinta. En efecto, si bien el Derecho Disciplinario importa la imposición de sanciones (sanciones disciplinarias), ellas están referidas a una organización, y más que punir infracciones, pretende reconducir la conducta de sus integrantes conforme a sus normas, estatutos, órdenes y/o postulados, y así coadyuven de mejor modo al logro de sus fines específicos. Es tan distante del *ius puniendi* del Estado, que se evidencia no solo en relación a la Administración, sino también en relación a los restantes órganos del Estado (Derecho Disciplinario Público), y los particulares (Derecho Disciplinario Privado).

4. Existe hoy una marcada tendencia por parte de los destinatarios de actos formales desfavorables de la Administración en orden a querer ver en ellos sanciones administrativas, y así exigir la observancia de las garantías sustantivas y adjetivas propias del Derecho Administrativo Sancionador. Mas, conforme he señalado, este solo opera respecto de la imposición de sanciones administrativas. De lo contrario, vale decir, si el Derecho Administrativo Sancionador se aplicara respecto de actos administrativos desfavorables que no son sanciones administrativas, se rigidizaría el ejercicio de las respectivas potestades más allá de lo que resulta razonable, poniendo de este modo en riesgo los intereses o fines que a través de ellas se resguardan.