

Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: En este artículo se aborda la vigencia de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, así como las implicancias prácticas que se derivan de la aplicación de tales principios en dicho ámbito. En especial se destacan las consecuencias que en materia de infracciones administrativas se siguen de los referidos principios en temas como la reserva legal y observancia del mandato de determinación de la conducta prohibida, la admisibilidad del error de prohibición como causal de exención o atenuación de la responsabilidad y la necesidad de valorar la intensidad del ataque o lesión del bien jurídico protegido como limitaciones al *ius puniendi* estatal.

Con ocasión del fallo del Tribunal Constitucional en la causa rol N° 244, del año 1996, pareciera que, en lo sustancial, ya no cabe controvertir en nuestro sistema jurídico acerca de cuál es el modelo normativo que debe presidir la actividad punitiva de la Administración. Y es que dicho fallo determinó, a la letra, que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*. De este modo, dicho Tribunal confirmaba pronunciamientos de la Excm. Corte Suprema, la cual, desde hace varias décadas, venía sosteniendo que *“las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales de justicia”*.¹

A nivel doctrinario, la moderna tendencia se pronuncia en igual sentido fundándose en la tesis que postula la igualdad cualitativa entre la sanción penal

¹ Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos, CS 27.12.1965 en RDJ 62 (1965) 2.3, 114-119. Idem., casos Daniel Yarur en RDJ 63 (1966) 2.1, 94-110; Valdés Freire en RDJ 63 (1966) 2.3, 88-91; Banco de Crédito e Inversiones en RDJ 63 (1966) 2.3, 93-95; Bolumburu Pin en RDJ 63 (1966) 2.3, 105-109, entre otros.

y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías a la imposición de una y otra clase de sanción. Así lo sostienen, v.gr., autores como Roxin, Jescheck, Weigend, Tiedemann, Maurach, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra, Gavier, Levene, Zanobini, Zaffaroni y Aftalión y, entre nosotros, Cury, Feliú y Aróstica.²

Si no se aceptara esta tesis, el resultado sería evidente: se podrían desconocer, cuando no infringirse abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal. Dicho de otro modo, aquello que no podría hacer el juez por hallarse "atado" por la garantía constitucional, sí podría hacerlo el funcionario público a través del burdo recurso de traspasarle o encomendarle la función punitiva.³

No obstante, subsiste la amenaza de quienes se oponen a considerar la identidad sustancial entre injusto administrativo y penal, a través de una actual tendencia a menospreciar la observancia de los principios y garantías reconocidos por el derecho penal clásico o tradicional, no ya en el plano administrativo sancionador, sino que incluso en la misma esfera criminal. Una de las vías predilectas para tal menoscabo ha sido la denominada anticipación de la tutela penal, básicamente mediante la creación de los llamados delitos de peligro abstracto, con ocasión de los cuales se han postulado doctrinas que propugnan, por ejemplo, (a) la supresión de todo elemento subjetivo en el tipo, o la igualación entre el dolo y la culpa (a pretexto de la dificultad de prueba que ellos entrañan); (b) la introducción, a veces indiscriminada, de elementos normativos (con la consiguiente restricción sustancial de las hipótesis de error de prohibición y su reducción sólo a los casos de error de tipo); (c) la proliferación de leyes penales en blanco (asilándose para ello en la pretendida necesidad de flexibilizar la reacción estatal en estas materias); (e) el establecimiento de presunciones de responsabilidad; etc.⁴

El ámbito del llamado "derecho penal económico" ha sido, quizás, aquel en que mejor se constata la realidad descrita, apreciando que detrás del discurso sobre la "desformalización" del derecho criminal a veces subyace –o derechamente se esconde– una concepción claramente ideológica que se esmera en

² Jiménez de Asúa (2002) p. 25. Para Zaffaroni, el hecho de que las penas penales y las administrativas no sean del todo idénticas, no implica que a las segundas no deban serles aplicadas las mismas garantías a que se somete la imposición de las primeras". Zaffaroni (1998) p. 115; Jescheck y Weigend (2002) pp. 55, 63 y 64; Maurach y Zipf (1994) pp. 23 y 24; Roxin (1997) pp. 71-73; Tiedemann (1993) pp. 425 y ss.; Cury Urzúa (2005) pp. 104 y ss. En esta misma línea se ubican otros autores, v.gr., Feliú (2003); Aróstica (1987), y, entre los autores extranjeros, Merkl, García de Enterría, Marienhoff, Fernández de Oliveira, citados por Lorenzo (1996) pp. 27 y ss.; Stratenwerth, Moreno, Gómez, Ramo, Peco, Soler, citados por Righi (1991) pp. 300 y 301; así como Rodríguez Mourullo y Maurach, quien en un comienzo adhería a la opinión contraria, citados por Goti (1981) pp. 55 y 57.

³ Aróstica (1987) p. 78.

⁴ En los sentidos expuestos, Bustos (1994) pp. 8 y 9.

borrar ese “viejo y decente derecho penal liberal”, como lo ha llamado más de algún autor.⁵ Se suma a lo anterior el hecho de que una proliferación de figuras delictivas en los ámbitos societario y económico –comúnmente acompañada del establecimiento de una profusa y generalmente inadecuada reglamentación administrativa– en muchas ocasiones importa también un quebrantamiento de la unidad y coherencia que indispensablemente debe guardar el ordenamiento jurídico, lo que repercute directamente en la aplicación de principios como el *non bis in idem*. Lo anterior, en razón de la usual descoordinación que se introduce entre los diversos remedios que el conjunto de la legislación ha previsto para evitar o reprimir una conducta indeseable, v.gr. los contemplados en las normas administrativas, por un lado y, por el otro, los previstos en las disposiciones civiles y mercantiles.⁶

Ahora bien, la consecuencia lógica y, a nuestro juicio, necesaria que deriva de sostener la igual naturaleza jurídica entre sanciones penales y administrativas, en lo que interesa a estas notas, obliga a reconocer la aplicación –entre otros– de los *principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad* de las penas al específico campo de la sanción administrativa.

Conforme a la fórmula de *Maurach*, la primera garantía esencial frente al *ius puniendi* estatal puede resumirse en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta y certa*. *Praevia*, en términos de impedir que se sancione por un hecho que no se hallaba tipificado al tiempo de verificarse la infracción; *Scripta*, en cuanto a que la tipificación de la conducta ilícita debe encontrarse en una norma que formalmente tenga el rango de ley; *Stricta*, con lo cual se

⁵ Al introducirnos a la teoría de Ferrajoli, Norberto Bobbio comenta que la batalla en defensa del garantismo, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, consiste en una batalla de minorías, por lo cual ha de librarse con armas templadas y afiladas; advirtiéndole también que usualmente el adversario nos ofrecerá dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. “La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito..., cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista”. Ferrajoli (1997) p. 15.

⁶ Respecto de la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales en bienes jurídicos colectivos de carácter socioeconómico, como, por ejemplo, los intereses de los consumidores, Muñoz Conde destaca que a efectos de su tutela o protección puede con frecuencia ser suficiente una reforma de algunos delitos patrimoniales tradicionalmente contemplados en los códigos penales. Con todo, si resultare indispensable recurrir a figuras delictivas, precisa el que su creación “debe regirse por un criterio de excepcionalidad, en atención al principio fundamental jurídico-penal de intervención mínima y con el fin de evitar una “funcionalización inadmisibles del Derecho Penal”. En este punto señala, entre los criterios restrictivos, la necesidad de identificar siempre un bien jurídico determinado, la exigencia de lesión efectiva o, como mínimo de puesta en peligro concreto del bien jurídico previamente identificado, así como la incriminación excepcional de comportamientos imprudentes. Sánchez García De Paz (1999) p. 78. También relacionado con los aspectos que se comentan, cabe consignar los serios reparos que, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena aplicable al infractor, se advierten al sancionar conductas que, en sí mismas, son irrelevantes para causar un daño a determinado bien jurídico –p.ej. en el orden medioambiental o económico–, pero que, de reiterarse por un número significativo de personas, encierran el peligro de causar un perjuicio mayor.

quiere prohibir la aplicación de la analogía, y *Certa*, de modo que se cumpla con el mandato de determinación en la descripción de la conducta.

En lo relativo a la aplicación de los principios de *legalidad* y *tipicidad* en el Derecho Administrativo Sancionador, su observancia importa, primeramente, rechazar todo intento de establecer sanciones mediante normas de jerarquía inferior a una ley, v. gr. reglamentos, decretos, circulares o instrucciones.⁷ Aun más, ninguna ley puede permitir a un reglamento prever infracciones y sanciones *ex novo* (sería una ley inconstitucional por vulnerar la reserva de ley) y ningún reglamento puede contener una regulación sancionadora sin autorización de la ley o ir más lejos de su simple desarrollo.⁸

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que *“La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta.”* (causa rol N°240). En otro fallo relevante referido al tema (causa rol N°480-2006), el mismo Tribunal Constitucional, fundándose en el tenor literal de la Constitución y en la historia fidedigna de su establecimiento, precisa que basta para satisfacer esta exigencia con el hecho de que la norma legal establezca el *“núcleo esencial”* de la conducta prohibida, pudiendo éste ser complementado en la norma administrativa a través de la potestad reglamentaria de ejecución. En todo caso, dicha magistratura ha precisado que la descripción que la ley haga de la conducta prohibida –y a la que después puede remitirse el Reglamento– debe cumplir con la *“densidad normativa”* suficiente como para que el destinatario pueda comprender cabalmente el alcance de su comportamiento.

Considerando los parámetros y limitaciones reseñados, estimamos repudiable aquella práctica legislativa por la cual, junto con la descripción de la conducta constitutiva de la infracción administrativa que se crea, suelen establecerse sanciones, a menudo *multas*, cuya cuantía resulta a todas luces imprecisa. Para salvar una tal ausencia de tipicidad, creemos que no es posible recurrir a criterios *civiles*, v. gr., estimar que en dichos supuestos la cantidad es *determinable*, máxime si se trata de sancionar conductas y su imposición –aunque sea revisable por un tribunal de justicia– ha sido directamente entregada a la

⁷ Coincidiendo con esta idea, se ha fallado, por ejemplo, que *“la petición de giro de patente municipal hecha por un contribuyente fuera del plazo fijado al efecto por vía reglamentaria, no es susceptible de sanción administrativa, ya que carece un reglamento de la virtud de imponer multas, las que sólo pueden tener por fundamento una ley”*. (Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de agosto de 1989, *“Pesquera Loa Sur Ltda. con Municipalidad de Coronel”*, recurso de protección).

⁸ Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005) p. 33.

“competencia” de un empleado público.⁹ De igual modo, consideramos que las exigencias derivadas del *principio constitucional de legalidad*, en cuanto impide castigar penalmente si la pertinente conducta no ha sido previamente tipificada en la ley, alcanzan no sólo a la *fuentes* de la respectiva sanción, sino que también al *proceso interpretativo* que conduce a la misma. Ello es puesto de relieve, v.gr., por *Rodríguez Collao*, para quien resulta evidente que la interpretación que se haga de un determinado precepto legal sin duda puede tener influencia en la pena que se estime adecuado aplicar. Por ello también ha de vedarse a la Administración la posibilidad de asumir una labor interpretativa de las leyes penales –y, según hemos visto nosotros, también de aquellas que prevean sanciones administrativas– siendo inconstitucional aquella ley que le entregara tal atribución.¹⁰

Los criterios reseñados, empero, no son siempre respetados por los organismos administrativos a los cuales la ley ha dotado de la potestad para imponer sanciones. Un ejemplo de ello podemos apreciarlo a la luz de ciertas actuaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros en lo que respecta a la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, por ejemplo, dicha Superintendencia pareciera, a ratos, considerar que las obligaciones que este último cuerpo legal impone a sus destinatarios constituyen, en sí mismas, una suerte de “ley penal en blanco” que la faculta para imponer sanciones independientemente que el incumplimiento que imputa no se halle configurado como una infracción administrativa.¹¹

Para los efectos indicados, el referido organismo se ha basado en las potestades que le confiere el artículo 27 del DL 3.538, que contiene su propia ley orgánica. No obstante, estimamos que no cabe la invocación de tal precepto respecto de aquellas normas de la Ley de Sociedades Anónimas que no son tipos sancionatorios administrativos, ni aun en virtud del “envío” que realizan los incisos 1° y 3° de la citada norma legal.¹² En otras palabras, pensamos que no es posible imponer sanciones administrativas genéricas por infracciones a normas de la Ley de Sociedades Anónimas que no dicen relación con la observación de un deber de conducta típico descrito expresamente en la misma ley.

⁹ Una posición contraria a la nuestra puede verse en Bermúdez Soto (1998), p. 333.

¹⁰ Rodríguez Collao (1992), p. 387.

¹¹ Así, por ejemplo, lo ha entendido, en sus Resoluciones Exentas N°s 859 y 860, de 31.12.09, respecto de una infracción al “deber de cuidado” que el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los directores.

¹² “Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones”; “Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a las sociedades, directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia”.

Para ilustrar lo anterior, imaginemos el siguiente ejemplo:

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas, “los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas”. Supongamos, asimismo, que determinado accionista incurre en una conducta que implica un quebrantamiento de tal deber. De acuerdo a la laxitud del criterio que en ocasiones se ha seguido por la Superintendencia, el artículo 27 de su ley orgánica le habilitaría para imponer una sanción a tal accionista.

Creemos que lo anterior es absolutamente improcedente desde una perspectiva jurídica, ya que la violación del mencionado deber no se encuentra configurada en la ley como una infracción susceptible de ser sancionada por la vía administrativa y, por lo mismo, únicamente da lugar al ejercicio de acciones civiles y, en su caso, criminales. En definitiva, por ilícita que sea una conducta que implique que un accionista no respete los derechos de otro accionista o de la misma sociedad, ello no permite sancionarla por la vía administrativa ya que en el derecho sancionador “no se admiten fórmulas genéricas y abiertas que conviertan en infracción cualquier conducta antijurídica”.¹³

Estimamos, en consecuencia, inadmisibles el razonamiento del ente fiscalizador no sólo en razón de no hallarnos en presencia de una norma prohibitiva, sino porque no se trata en la especie de un “tipo administrativo infraccional”, como sí ocurre, por ejemplo, con aquellas normas del Título XI de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045,14 en que expresamente se previene tal posibilidad y luego se enumera un catálogo pormenorizado de conductas típicas.

Pensamos, en efecto, que importa una contradicción con el principio constitucional de *tipicidad* la posibilidad de cursar infracciones administrativas por conductas no tipificadas como tales, rechazando la interpretación según la cual el tenor de los artículos 27 del DL 3.538 y 133 de la Ley 18.046 implique que toda la Ley de Sociedades Anónimas sea, ella entera, constitutiva de un “tipo” genérico de derecho administrativo sancionador.

Tratándose, ahora, del *principio de culpabilidad*, y a propósito del moderno derecho europeo, *Tiedemann* expresa que la garantía se encuentra recogida expresamente en el derecho comunitario, por lo que en principio no está permitida ninguna clase de responsabilidad objetiva, agregando que el aspecto procesal del mismo principio ha conducido de modo consecuente en

¹³ Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005), p. 35.

¹⁴ Artículo 58 inciso 1° de la Ley 18.045: “La Superintendencia aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos que los rigen y de las resoluciones que dicte conforme a sus facultades, las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley”.

el derecho penal y sancionador administrativo alemán a la supresión de las presunciones de culpabilidad, que en otros países aun se conservan, precisamente en el derecho sancionador administrativo. El mismo autor advierte que en el derecho comunitario, el TJCE (p. ej. en el caso Thyssen) ha declarado la necesidad de constatar la *culpabilidad*, todo lo cual determina que “las nuevas codificaciones del derecho sancionador administrativo, sucesoras de antiguas teorías del derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales”.¹⁵

Entre nosotros, la igualdad cualitativa entre la pena penal y la administrativa –reconocida por autorizada doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Contraloría General de la República¹⁶– induce al enérgico rechazo de los criterios basados en la responsabilidad objetiva, los que, a nuestro entender, implicarían consagrar verdaderas presunciones de derecho –expresamente repelidas por la dogmática penal y nuestra propia Constitución– respecto de la responsabilidad de quienes incurren en infracción administrativa. Pero no sólo eso. Desde el momento que nuestra Constitución Política reconoce la libertad y dignidad de toda persona como basamento de sus derechos, ello constituye el “presupuesto normativo constitucional” que toda autoridad debe respetar al establecer, o bien excluir, la responsabilidad.¹⁷ Dicho en otros términos, en dicha concepción antropológica del hombre reside el fundamento material de la culpabilidad.¹⁸

Ahora bien, la *culpabilidad* puede ser apreciada bajo dos puntos de vista. Desde la perspectiva *cualitativa*, el principio implica que aquella es un requisito ineludible para la configuración de la infracción, así como para la aplicación de la sanción, lo cual supone, a su turno, que deban concurrir todos los componentes *subjetivos* de la culpabilidad respecto de todos los resultados que originan el castigo, ya que sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que las personas respondan por aquello que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar. Bajo un prisma *cuantitativo*, en cambio, la exigencia se traduce en que la culpabilidad debe ser el factor determinante de la medida de la pena, de manera que ésta guarde estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al infractor.¹⁹

¹⁵ Tiedemann (1993), pp. 425 y ss.

¹⁶ Respecto de los pronunciamientos de este organismo en tal sentido, puede verse, por todos, el dictamen N° 14.571 de 22.03.05.

¹⁷ Y recuérdese que los principios de orden penal recogidos por nuestra Carta Fundamental deben aplicarse “no sólo a las sanciones penales, sino a toda sanción de otra naturaleza, aplicada por los tribunales o la Administración”. Evans De La Cuadra (1999), pp. 149 y 150.

¹⁸ Náquira Riveros (1995), p. 200.

¹⁹ Rodríguez Collao y De la Fuente Huland (1989-1990), p. 126.

Se colige de lo expuesto que la responsabilidad por la comisión de un injusto administrativo, al igual como acontece tratándose de la responsabilidad penal, únicamente podrá predicarse respecto de quien, teniendo capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico.

Una de las mayores implicancias prácticas que derivan de lo dicho se relaciona con la admisión del error de prohibición en el Derecho Administrativo Sancionador, debiendo, por tanto, también distinguirse entre aquel que fuese vencible o invencible, en cuanto tal error o ignorancia de un precepto legal puede afectar la conciencia del infractor acerca de la ilicitud de su conducta y determinar, por tanto, la ausencia de responsabilidad o bien su atenuación.²⁰ En efecto, el error o ignorancia, cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, ora porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, ora por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye la culpabilidad. Y es que la justificación del error como causa de exclusión de la culpabilidad deriva de la necesidad de que el infractor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada.²¹

Otros autores arriban a igual conclusión que la recién consignada, aunque no por la vía de la culpabilidad, sino que a través del recurso que proporcionan los elementos subjetivos del tipo infraccional. Así, por ejemplo, se señala que la relevancia del error en el Derecho Administrativo Sancionador es corolario del principio de dolo o culpa, determinando, la presencia del error, la exclusión absoluta o relativa de responsabilidad. El punto de partida de su admisibilidad como causal de exoneración de la responsabilidad administrativa se ha recogido, v.gr. por la Sentencia 76/1990 de 26 de abril, del Tribunal Supremo español en los siguientes términos: "Si no hay responsabilidad objetiva, no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho como causa que exonere de dicha responsabilidad, mas ello no significa que resulte irrelevante (...). Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho –singularmente el error invencible– podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva".²²

Lo expuesto en precedencia es particularmente relevante en diversos ámbitos de actividades económicas que se caracterizan por la presencia de un cúmulo de reglamentaciones que difícilmente una persona puede, en la práctica, si-

²⁰ En este sentido se pronuncian, Jescheck y Weigend (2002), p. 494.

²¹ Pemán Gavín, (1998).

²² Fernández De Araoz Gómez-Acebo (1999), p. 129. En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, Quintero Olivares (1991), pp. 267 y 268; y Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo (2005), p. 37.

quiera llegar a conocer.²³ Piénsese, por ejemplo, en la profusa reglamentación y circulares que son aplicables a una sociedad anónima sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. ¿Tiene acaso, algún director o gerente, la posibilidad de conocer, en todo su detalle y extensión, las numerosísimas obligaciones y plazos, de la más variada naturaleza, que aquellas normas le imponen? Y ello, sin entrar todavía a examinar la complejidad técnica que muchas de ellas exhiben. No obstante ello, sabemos que la misma Superintendencia, así como otros organismos fiscalizadores en la órbita de su respectiva competencia, en la práctica tratan una infracción a tal reglamentación prescindiendo absolutamente de cualquier factor subjetivo, bastándoles sólo con acreditar (cuando no optan por simplemente presumir) que la norma no fue formalmente cumplida a fin de imponer una sanción.

Como bien se ha expresado entre nosotros, no existe un motivo atendible para independizar la sanción administrativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo deben ser impuestas a quien puede dirigirse un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida.²⁴ Y tal “reproche personal”, como se sabe desde antiguo, no es posible de formularse respecto de quien no podía conocer –por la razón justificada que sea– la antijuridicidad o ilicitud de la acción u omisión constitutiva de la infracción administrativa que le haya sido imputada.

En definitiva, el principio de culpabilidad constituye una barrera infranqueable a la pretensión preventiva del *ius puniendi* del Estado, el cual, trabajando sólo con el criterio funcional y utilitario de la necesidad de pena, bien podría llegar a establecerla con prescindencia de la culpabilidad. En dichas hipótesis, si bien podría ser “funcionalmente útil” la imposición de una sanción, por estar ausente la culpabilidad del autor, carecería de legitimidad en un Estado de Derecho (baste recordar las presunciones de dolo o de responsabilidad objetiva, excluidas gracias al principio de culpabilidad).²⁵

Junto a la implicancia que conlleva, en materia de error, la aplicación del principio de culpabilidad en la imposición de sanciones administrativas, también

²³ En el derecho comunitario europeo pueden verse casos de admisibilidad del error en el ámbito de las sanciones administrativas en los siguientes casos fallados por el TJCE: Suiker Unie y otros; Ferriere San Carlo; Estel; y Hoffman-La Roche.

²⁴ Cury (1979-1980), p. 91. “Al reconocer el principio de culpa como antecedente de la responsabilidad penal se establece una fuerte restricción al principio utilitarista que inspira la teoría de la prevención. En efecto, de conformidad a esta teoría, es perfectamente imaginable una especie de responsabilidad penal objetiva que prescinda de todo juicio de culpabilidad e, incluso, de antijuridicidad...”; siendo que no hay un bien social global, por trascendente que sea, que autorice aplicar sanciones con independencia de los presupuestos generales de la responsabilidad penal. El mismo autor lo resume diciendo que “aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable”. Barros (1983), pp. 64 y 65.

²⁵ Náquira Riveros (1995), pp. 189-200.

dimana de tal principio la imposibilidad de seguir criterios de retroactividad en la materia. Por ello, con razón se ha dicho que “la noción de culpabilidad es de tal modo inherente al principio de irretroactividad, que no puede concebirse una violación de éste sin que se vulnere también aquélla”.²⁶

La plena vigencia del principio de irretroactividad en el campo del Derecho Administrativo Sancionador se reconoce entre nosotros desde la vigencia de la Constitución Política de 1925. Así, por ejemplo, se ha fallado por nuestro máximo tribunal que: *Quebranta la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal, precepto cuya amplitud comprende toda condena o sanción de cualquier carácter que sea y cualquiera que sea la autoridad competente para imponerlas, y no es posible restringir su alcance solamente a las multas de carácter penal porque ni el claro texto de la norma constitucional permite hacerlo, ni existen otros elementos de interpretación que puedan abonar esa limitación que la ley fundamental no contempla.*²⁷

A consecuencia de lo anterior, se hace menester reconocer, en la órbita del Derecho Administrativo Sancionador, la necesidad de imponer al infractor aquella sanción que contemple una ley posterior a la fecha en que se incurrió en aquella, si la sanción contemplada en esta segunda ley le resulta menos gravosa. Ello también ha sido explícitamente reconocido por nuestros más altos tribunales de justicia. En este sentido, se ha fallado que “corresponde aplicar la multa dentro de los márgenes que señalaba el primitivo texto legal toda vez que éste le era más favorable que los indicados en la ley vigente”.²⁸

A modo de síntesis, y en lo que respecta a las restricciones de retroactividad en relación con la sanción administrativa a aplicar, *Tozzini* destaca tres prohibiciones, a saber: (a) Que se aplique una pena a un hecho que con anterioridad no configuraba infracción alguna; (b) Que a una infracción configurada como tal con anterioridad se le aplique retroactivamente una pena de naturaleza más grave; y (c) Que en el mismo supuesto anterior, se le pueda gravar con retroactividad el *quantum* de la pena.²⁹

²⁶ Rodríguez Collao y De La Fuente Huland (1989-1990), p. 132.

²⁷ C. Suprema – 5 de julio de 1966, Valdés Freire (inaplicabilidad). Igual consideración se contiene en otros fallos posteriores, v. gr., C. Suprema – 13 de agosto de 1966, Bolumburu Pin, Exequiel (inaplicabilidad). En armonía con dicha jurisprudencia, también la Contraloría General de la República se ha pronunciado en el sentido de hacer regir el principio de irretroactividad en el caso de las sanciones administrativas. Así, por ejemplo, puede verse tal doctrina en los dictámenes N°s 45.905 y 88.303, (1976), 20.991 (1984), 25.961 (2000), 3.858 y 6.926, (2001), y 38.075 (2002), entre otros.

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 06.07.2000, confirmada por la Corte Suprema en sentencia de 11.09.2000, Hidroeléctrica Aconcagua con SEC. La CGR: el principio pro reo (dictámenes N°s 81.058 de 1974, 16.141 de 1977; y 20.991 de 1984), entre otras materias.

²⁹ Tozzini (2005), p. 74.

Por último, estrechamente vinculado a todo lo comentado con ocasión de la culpabilidad, cabe también aplicar, en el campo de la infracción administrativa, el principio de proporcionalidad de las sanciones.

La importancia del tema ha cobrado cada día mayor vigencia si se tiene presente que las atribuciones que actualmente se otorgan a ciertos organismos fiscalizadores, como las Superintendencias, les permiten aplicar sanciones pecuniarias de montos a todas luces exorbitantes, cuando no expoliatorios. A este respecto, con acierto acota Cury que confiar a la Administración, como lamentablemente ocurre entre nosotros, la facultad de fulminar multas confiscatorias debe considerarse un atentado en contra del principio de legalidad y, por tanto, una violación de las normas constitucionales que lo consagran. Esta conclusión, por lo demás, también encuentra confirmación en la legislación positiva. En efecto, el artículo 501 del Código Penal dispone que “*en las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales*”. Sobre la base de la disposición trascrita, queda en claro que para los autores del Código las sanciones administrativas no debían exceder las de las faltas, para las cuales, tratándose de multas, se previó una cuantía no superior a cinco UTM. Si bien la norma dejó abierta la posibilidad de contemplar excepciones en el futuro, sin duda da cuenta de un criterio orientador que, desgraciadamente, entre nosotros no se respeta de modo alguno.³⁰

El mismo principio de culpabilidad, entendido en sentido amplio, impone al Estado no sólo la obligación de acreditar todas y cada una de las categorías de imputación penal y únicamente una vez que ello ocurra asignar al comportamiento reprochado una consecuencia jurídica *proporcionada*, sino que también, en el ámbito de la antijuridicidad, especialmente relevante resulta el análisis de la *intensidad del ataque al bien jurídico* que se protege, tanto desde la perspectiva del desvalor de acción como del desvalor de resultado. Luego, al realizar la valoración subjetiva de ese acto, para determinar si es atribuible al infractor, deberá determinarse tanto el grado de culpabilidad con que actuó como la necesidad de sancionarlo *proporcionadamente*.³¹

Así las cosas, este principio exige una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Su aplicación y vigencia importan, en consecuencia, que se observen criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios, como la in-

³⁰ Cury (2005), p. 110.

³¹ Muñoz Díaz (2007), p.122.

tencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados, etc.³²

En definitiva, el *principio de proporcionalidad* debe ser tomado en cuenta en dos fases o etapas. En un primer momento, por el legislador, al establecer el marco sancionador (decidir qué son infracciones y qué no lo son; qué infracciones son leves, graves o muy graves; cuál es el tipo o cuantía de las sanciones, etc.); y, en un segundo momento, cuando el órgano sancionador tiene que fijar una sanción concreta dentro del marco legal.³³

Finalmente, apuntemos que la exigencia que se comenta en orden a la necesidad que la sanción impuesta sea proporcionada a la falta no se agota, ni con mucho, en lo que se refiere al *quantum* de la sanción, v.gr. cuantía a que asciende una multa administrativa, sino que también sirve de fundamento para que reciban aplicación, en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador, institutos como el *non bis in idem*. Ello, en el sentido que el principio de proporcionalidad impide el que un *mismo* hecho pueda ser castigado *conjuntamente* con una sanción penal y otra administrativa³⁴, como también el que se apliquen *dos o más penas administrativas* a una misma conducta o hecho constitutivo de infracción a la ley.³⁵

Conclusiones

- 1 La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República, así como autorizada doctrina, tanto nacional como extranjera, coinciden en predicar la identidad sustancial o cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa.

³² Vergara Blanco (2004), p. 144. El mismo autor expresa que este principio, en nuestro sistema constitucional, deriva del artículo 19 N° 3 inciso 7° in fine de la Constitución, dado que todo lo que "favorezca al afectado" debe ser considerado.

³³ Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo, (2005), p. 36.

³⁴ En este sentido, puede verse Corte Suprema, sentencia de 11.01.51 (casación en el fondo), considerandos 13 y 14. En la misma línea de identificar una pena administrativa (multa), concretamente la impuesta por el Director de Impuestos Internos, con una sanción de naturaleza penal, se había ya pronunciado la Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de 11 de abril de 1934. La doctrina expuesta ha sido también sentada por las cortes internacionales. Así, por ejemplo, al menos en tres casos se ha recogido esta opinión por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁵ Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 01.09.2000, Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A. con SEC; Corte Suprema, 21.09.2000, Corte de Apelaciones de Santiago, 18.07.2000, Compañía Eléctrica San Isidro S.A. con SEC; Corte de Apelaciones de Santiago, 14.09.2000, Empresa de Electricidad S.A. con SEC; Corte Suprema, 20.09.2000, Sistema de Transmisión del Sur S.A. con SEC; Corte Suprema, 22.06.2000, Corte de Apelaciones de La Serena, 28.04.2000, Transnet con SEC; Corte Suprema, 16.10.2000, Compañía Nacional de Transmisión Eléctrica S.A. con SEC.

- 2 La conclusión anterior implica aceptar que rigen, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, las mismas garantías y principios del derecho penal clásico o tradicional; entre ellos, los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas.
- 3 La aplicación del *principio de tipicidad* importa, entre otras cosas, rechazar todo intento por crear tipos infraccionales mediante normas de jerarquía inferior a una ley, v.,gr. reglamentos o circulares, así como la necesidad de que dichos tipos cumplan con el *mandato de determinación* de la conducta constitutiva de infracción.
- 4 El imperio del *principio de la culpabilidad* se traduce, en lo fundamental, en la necesidad de valorar –como requisito previo a la imposición de una sanción administrativa– la posibilidad efectiva que tenía el infractor de conocer la ilicitud de la conducta que se le reprocha y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento. Ello implica rechazar cualquier forma de *responsabilidad objetiva* en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, así como admitir, en este campo, la alegación del *error de prohibición* y, en consecuencia, la posibilidad que un yerro o ignorancia en cuanto al carácter antijurídico de la conducta reprochada opere como una causal de exención o atenuación de la responsabilidad, según el caso.
- 5 La vigencia del *principio de proporcionalidad*, también aplicado a la órbita de la infracción administrativa, supone, por un lado, que la medida de la sanción impuesta tome en consideración, entre otros factores, la intensidad del ataque al bien jurídico protegido y el grado de culpabilidad del infractor y, por el otro, que no sea jurídicamente posible el que un *mismo* hecho pueda ser castigado *conjuntamente* con una sanción penal y otra administrativa, o bien que se apliquen *dos o más penas administrativas* a una misma conducta o hecho constitutivo de infracción a la ley.

Bibliografía

ARÓSTICA, Iván (1987): "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 182, año LV, julio-diciembre: pp 71-82.

BARROS, Enrique (1983): "Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos", *RDJ*, T. LXXX, N° 2: pp. 45-65.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998): "Elementos para Definir las Sanciones Administrativas", *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial: pp. 323-334.

BUSTOS, Juan (1994): "*Bien Jurídico en los Delitos Económicos*", Charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile el día 29 de Septiembre de 1994, 19 pp.

Cury Urzúa, Enrique (1979-1980): "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, N° 44-45: pp. 86-94.

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) T. II.

FELIÚ, Olga (2003): Coloquio Preparatorio XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro (1999): "La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del mercado de valores", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 76, octubre-diciembre: pp. 65-133.

FERRAJOLI, Luigi (1997): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Valladolid, Editorial Trotta (con prólogo de Norberto Bobbio), 991 pp.

GOTI, Malamud (1981): *Persona Jurídica y Penalidad* (Buenos Aires, Ediciones Depalma), 123 pp.

JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas (2002): *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Granada, Editorial Comares), 1112 pp.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2002): *Introducción al Derecho Penal* (México, Editorial Jurídica Universitaria), vol. I.

LORENZO, Susana (1996): *Sanciones Administrativas* (Montevideo, Julio Cesar Faira Editor), 151 pp.

MAURACH, Reinhart, y ZIPF, Heinz (1994): *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires, Editorial Astrea), 720 pp.

MUÑOZ DÍAZ, Patricio (2007): "Los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad de las penas", *Ius Publicum* N° 18: pp. 101-124.

NAQUIRA RIVEROS, Jaime (1995): "Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22 N° 2: pp. 189-200.

PEMÁN GAVÍN, Ignacio (1998): *Error invencible. El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)* Id. vLex: VLEX-IW349

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1991): "La autotutela, los límites al poder sancionador público y los principios inspiradores del derecho penal", *Revista de Administración Pública* N° 126, septiembre-diciembre: pp. 253-296.

ARMÍJO, ANTONIO (2005): "Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España", *Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, vol. 7, N° 1: 23-74.

RIGHI, Esteban (1991): *Derecho Penal Económico Comparado* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.), 380 pp.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe (1989-1990): "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIII, pp. 125-153

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1992): "La Interpretación Administrativa de las Leyes Penales", Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Traduc. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas) t. I

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999): *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Pena* (Valladolid, Universidad de Valladolid).

TIEDEMANN, Klaus (1993): "El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 50, Lima (Traduc. Adán Nieto Marlín), pp. 417-436.

TOZZINI, Carlos (2005): *Garantías Constitucionales en el Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), 201 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo*, Año 11 - N° 2: pp. 137-147.

ZAFFARONI, Eugenio (1998): *Manual de Derecho Penal* (México, Eugenio Cárdenas Editor Distribuidor).

Jurisprudencia

Judicial (Chile)

Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos en RDJ 62 (1965) 2.3, 114-119.

Yarur Daniel en RDJ 63 (1966) 2.1, 94-110.

Valdés Freire en RDJ 63 (1966) 2.3, 88-91.

Banco de Crédito e Inversiones en RDJ 63 (1966) 2.3, 93-95.

Bolumburu Pin en RDJ 63 (1966) 2.3, 105-109.

Judicial (Unión Europea) TJCE

Suiker Unie y otros.

Ferriere San Carlo.

Estel

Hoffman-La Roche.

Administrativa CGR

81.058 de 1974.

45.905 de 1976.

88.303 de 1976.

16.141 de 1977.

20.991 de 1984.

25.961 de 2000.

3.858 de 2001.

6.926 de 2001.

38.075 de 2002.