

N° 182
AÑO LV
JULIO — DICIEMBRE
1987

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PENAL *

IVAN AROSTICA MALDONADO
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Central

INTRODUCCION

Resulta verdaderamente paradójal comprobar que mientras se viene abogando por el "fin del estatismo", esto es por el término o al menos la reducción de omnímodos poderes en manos de la Administración, en aras de concretar el justo equilibrio que entre éstos y los derechos de los ciudadanos requiere una sociedad verdaderamente libre, no se ha reparado mientes en la conservación e incluso aumento que han experimentado sus potestades sancionadoras con respecto a esos particulares.

Y ello no sólo a través de una "hiperinflación" de leyes que tal posibilidad le atribuyen, sino que, aún más, por medio de simples reglamentos o resoluciones la autoridad ha pasado a auto-conferirse atribuciones para sancionar a particulares, ya con multas —como suele ser de ordinario—, ya con prohibiciones o inhabilidades para ejercer ciertas actividades, profesiones o industrias, u otras medidas análogas tan reñidas con la Constitución (CP) como aquéllas, y por conductas muchas de ellas que ya están repelidas por el Código Penal u otras leyes criminales.

Es más, la realidad nos dice que tales poderes no sólo quedan en el papel, sino que suelen ser corrientemente empleados, y con todo rigor. Pruebas al canto, leyendo la prensa capitalina -*El Mercurio*- de comienzos de año (1988): "Comercio ilícito: \$ 86,5 millones en multas a proveedores", recaudados en 1987 por la Dirección Regional de Santiago del S.I.I. (30.1.1988, B.1); "Por contaminar: multan a 4 Plantas Pesqueras", sanciones de mil pesos oro cada una que aplicó la Gobernación Marítima de Talcahuano (9.2.1988, C.1); "837 multas aplican en dos Centros Comerciales", que cursadas por la Dirección del Trabajo, ascendieron a \$ 40.810.972 (10.2.1988, C.1 y 6). Y la última: "Por infracciones laborales: multas por \$ 14 millones aplican a las Panaderías", impuestas por esa misma Dirección, luego de fiscalizar mil 20 de dichas empresas los años 86 y 87 (12.2.1988, C.4). Suma y sigue.

Frente a un aspecto tan sensible en un estado de derecho como son las prerrogativas administrativas, y sobre todo en un punto que, como éste, dice relación con potestades represivas del Estado-administración por infracciones de particulares a sus propias disposiciones —verdadera "autotutela" en su favor tenida casi siempre como "indispensable"—, a lo que se añade el abandono casi total de su estudio por la doctrina (que debería tender a la cohesión del derecho administrativo penal, en donde se aplican normas nacidas bajo distintas concepciones ideológicas, en épocas muy distintas o que, otras veces, parecen obedecer a simples intereses sectoriales), bien vale reflexionar sobre (I) nuestro sistema constitucional de heterotutela-judicial frente a ilícitos administrativos; (II) la concreción de ese sistema general en el Código Penal y la previsión de una vía excepcional levisima (arts. 20 y 501); (III) el quiebre del

* Ponencia presentada a las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, realizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción entre los días 12 al 14 de noviembre de 1987, bajo la dirección del Prof. Tarcisio Oviedo Seo.

sistema por las "Leyes especiales"; y (IV) una proposición de "retorno" a aquél a través de dos caminos bien concretos.

I. NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE HETEROTUTELA-JUDICIAL FRENTE A ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

No es ninguna novedad que ahora digamos —puesto que antes ya lo había señalado Soto-Kloss¹— que si la CP asegura que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente por el tribunal competente y por una ley cuya promulgación sea anterior al hecho sobre que recae el juicio (art. 19 N° 3, y como antes lo establecían los arts. 11-12 CP 1925 y 133 CP 1833), y que si sólo al Poder Judicial le es permitido ejercer funciones jurisdiccionales, no pudiendo dinamizarlas ni el Presidente de la República (PR) ni ningún órgano administrativo (art. 73, y antes arts. 80 CP 1925 y 108 CP 1833), resulta que no cabe sino concluir que, si sancionar supone juzgar, tal poder le está vedado a la Administración, pues le pertenece con exclusividad a los jueces.

Si para mantener el orden público al PR se le han otorgado poderes preventivos —mientras media intervención judicial— y para ordenar detenciones la CP ha debido prever expresamente esa posibilidad, y para el solo caso del estado de sitio, como agrega el mismo autor, es evidente que —a falta de atribución constitucional en ese sentido— la Administración ni puede imponer sanciones, castigos o penas (autotutela declarativa), ni puede ejecutar por sí misma sus actos que, eventualmente, pudieren contener tales sanciones (autotutela ejecutiva).

Y —agreguemos— nunca estuvo solo en esa doctrina, sino, al contrario, en bastante buena compañía. Jorge Huneeus p. ej.², comentando el art. 108 de la CP 1833, trae a colación, como absolutamente opuestos a él, los arts. 106 y 120 de la ley de régimen interior de 1844, que permitían a los Gobernadores imponer multas no superiores a \$ 25 o, en su defecto, prisión que no excediera de 48 hrs. a los individuos que les desobedecieran o faltaren el respeto y a los que turbaren el orden o sosiego públicos. "No se concibe —dice— cómo un hecho al cual la ley no señala pena pudiera ser delito (¡llamaba las cosas por su nombre!), y cómo es posible que, señalándose una ley especial, sólo porque ésta no tiene el nombre o título de Código Penal, o sólo porque no forma parte de éste, ese hecho puede ser castigado por otra autoridad que los Tribunales Ordinarios de Justicia. Según este curioso sistema, el hecho prohibido y castigado por la ley era o no era delito, tomando en cuenta solamente si esa ley formaba o no parte del Código Criminal, según las palabras de nuestra Ley de Régimen Interior. ¿Es concebible absurdo semejante?"

Después de reiterar Huneeus que "la facultad de aplicar penas debe ser y es constitucionalmente del resorte exclusivo del Poder Judicial", las emprende contra el art. 56 de esa ley (y ya veremos como se asemeja al art. 20 C. Penal), que disponía que "no se tendrá por asunto contencioso la exacción de las multas en que incurrieren los infractores de las leyes y Reglamentos de Policía, ni ninguno de aquellos en que por ella toca conocer y decidir gubernativamente a los empleados del orden ejecutivo", enrostrándole que "ni una ni cien leyes dictadas en contra de la Constitución, pueden servir de argumento para justificar otra inconstitucionalidad evidente. Nosotros no vacilamos en sostener que una ley no puede decir, como lo hace el artículo 56... que no es contencioso ni judicial lo que es en realidad judicial o contencioso. Ese sería un medio expedito de burlarse de los preceptos constitucionales... todos estos abusos, todas estas violaciones flagrantes del artículo 108(99) de la Constitución, se salvarían diciendo la misma ley, abusiva e inconstitucional, que esos asuntos no se entenderá que importan causas

¹ En El Derecho penal administrativo, Boletín de Investigaciones (U. Cat. Fac. de Derecho) 44/45 (1979) 801-95-103.

² La Constitución ante el Congreso 13 vol. I Impr. Derivantes, Sgo. (1891) t. 1, 230-231; también pp. 234-238 y 326.

civiles o criminales ni que implican el ejercicio de funciones judiciales. Aun cuando mil leyes dijeran esto, ¿dejarían por eso de ser lo que son esos asuntos?"³.

Y no se crea que es ésta una aislada opinión de un notable iuspublicista del s.19. La jurisprudencia de la época marchaba por iguales rumbos, al entender también que los tribunales son los únicos que están dotados de potestades sancionadoras, y que ante infracciones de particulares a disposiciones de la Administración, o a la legislación administrativa, a ésta sólo le cabe —sin perjuicio de adoptar las providencias conservativas idóneas al caso— acudir a ellos para su sanción. Si se recuerda que, incluso en una ocasión, la Corte Suprema —en una línea seguida por varias Cortes de Apelaciones— va a confirmar la orden de prisión dictada contra un alcalde que se había creído autorizado para aplicar multas a los infractores de acuerdos municipales, advertiremos en toda su dimensión hasta qué punto la judicatura hacia celosa reserva de sus propios deberes jurisdiccionales⁴.

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

II. LA CONCRECIÓN DE ESE SISTEMA GENERAL EN EL CODIGO PENAL Y LA PREVISIÓN DE UNA VÍA EXCEPCIONAL LEVISIMA (ARTS. 20 Y 501)

1. Basta una breve mirada al Código Penal para advertir que, siguiendo aquel esquema constitucional, la infracción a la legislación administrativa, reglamentos o reglas de policía, va a merecer una pena penal, que el legislador encomienda aplicar a un tercero independiente e imparcial —el juez— luego de un justo juicio. A la Administración y sus agentes les corresponde adoptar medidas preventivas o impeditivas en esos casos y denunciarlas a los tribunales de justicia. Es decir, se remite normalmente al juez penal el castigo de las infracciones a la legislación administrativa (*lato sensu*); se mantiene la reserva judicial de la función represiva del Estado.

Es así que el código, además de tipificar varias de estas infracciones como delitos, va a considerar también un número significativo de contravenciones a disposiciones administrativas y de policía como faltas. Véanse los tipos contenidos en los arts. 494, 495 y 496 para darse cuenta que, si nos situamos en la época (1875), es poco lo que quedó al margen de este listado.

³ Ob. cit., 236. O sea, para poder dotar a la Administración con estas prerrogativas, se recurrió al arbitrio de decir que "no se tendría por" asunto judicial cuando impone sanciones a los particulares, queriendo soslayar así el art. 108 CP. El proyecto de L.R.I. de J.V. Lastarria (d. of. 13.6.1877) utilizaba el mismo expediente: "Art. 24: Los Intendentes no pueden ejercer funciones judiciales, ni permitir que los Gobernadores, subdelegados o inspectores las ejerzan en ningún caso; pero no se reputan tales, ni se entenderá que intervienen en asunto contencioso, cuando ejercen sus atribuciones administrativas para hacer efectivas las penas o multas que las leyes de administración o de ordenanzas y reglamentos municipales imponen a los infractores". Se tenía, pues, plena conciencia que imponer penas o multas es función judicial (pero no se iba a entender así), al emplear una oración que denota lo artificial de la función que se decía "administrativa".

⁴ Nos referimos al i. de amparo Mariano Polanco, C.S. 13.3.1897, Gaceta de los Tribunales 1897, sent. N° 74.41-43; igualmente véase Luis Neuman con Eleodoro Salomo, C.Ap. Concepción 30.8.1897, GT 1897 N° 3.520, 929-931; Rafael de la Sota con Ricardo Troncoso, C.Ap. Talca 4.1.1898, GT 1897 N° 5.248, 665-686; posteriormente vid. caso de J. Reinaldo Álvarez C., C.Ap. La Serena, 8.4.1923, GT 1923, 2° sem. N° 80, 416.

Nuestra con claridad la opinión diamante a la fecha el Promotor Fiscal de Santiago Robustiano Vera, en Visto fiscal de 23.4.1898, informando a un juez del crimen sobre las multas que el Alcalde de Santiago había aplicado a vendedores de licres, quienes dedujeron querrela en su contra por usurpación de funciones judiciales: "Es prohibido a los alcaldes hacer ejecutar, percibir o extraer multas. Ellos deben sólo denunciar la contravención que exista a la falta que se cometa, a la autoridad judicial, porque los únicos que pueden penar las faltas son los jueces del crimen". Cit. por A. Correa B., Comentarios y concordancias de la ley de organización y atribuciones de las municipalidades de 22 de diciembre de 1891, Librería Tornero. Sgo. 3° ed. (1914) 457-458 (y no se deje de recordar que esa ley expresamente habilitaba a los alcaldes para aplicar multas. Correa Bravo deja entrever, al menos, una carencia de lo que hoy llamaríamos "autoridad ejecutiva" en tales casos).

2. Sin embargo, el mismo código, en dos de sus artículos, va a prever una vía excepcional al consagrar la potestad sancionadora de la Administración.

2.1. En primer término, el art. 20 va a manifestar —siguiendo en ello al código español de 1848 y sus reformas de 1850 y 1870— que “no se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

Si nos atuviéramos solamente a la muy lacónica “historia fidedigna de su establecimiento” contenida en las Actas de la Comisión Redactora⁵, o a la opinión de nuestros penalistas a la época⁶, tendríamos que admitir la casi absoluta imposibilidad de desentrañar su real sentido y alcance, y reconocer que genera un “quebradero de cabeza” que admite las más disímiles soluciones, incluso hasta poder sostenerse después —por especialistas y cuasi seglares— que nos está indicando tal precepto que entre las penas penales y las sanciones administrativas existen diferencias “cualitativas”, al haber introducido un criterio de distinción “sustancial” entre el ilícito criminal y el ilícito administrativo⁷. Pero cuidado: de ahí a consentir amplísimos poderes sancionatorios para la Administración, no sometidos a los principios de orden penal que informan la labor del juez, hay un pequeño y peligrosísimo paso, al menos para un real y no meramente formal estado de derecho.

Empero, no da el asunto, en realidad, para desesperar: la verdad es que debemos admitir, junto a Cerezo Mir⁸, que “desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo”.

Precisemos.

Primero: El Código nunca ha dicho que las sanciones administrativas “no son” penas, ya que el mismo verbo empleado (“no se reputan” tales), subraya en forma expresa el carácter artificial de la distinción, como ya lo destacaba y ponía de relieve el mismo J. Francisco Pacheco (y todos sabemos de la influencia de sus Comentarios⁹ en nuestro Código, como ya lo atisbaba nuestro J. Huneeus a propósito del art. 56 de la L.R.I. de 1844 —que contenía encabezamiento sorprendentemente parecido— y ahora Cury¹⁰, y la casi totalidad de los especialistas españoles, sean del siglo 19, sean del siglo 20 actual¹¹.

⁵ Vid. sesiones 11 (23.5.1870), 114 (2.9.1872) y 169 (3.10.1873) en *Actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal chileno*. Impr. La República. Stgo. (1873), incluida en fascículos en *Código Penal de la República de Chile* (ed. crítica con motivo de su centenario). Edeval. Valparaíso (1974), pp. 264, 457 y 552, respectivamente.

⁶ V.gr. la de Alejandro Fuensalida, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno* (3 vols.) Impr. Comercial, Lima (1883) vol. 1, 166 y vol. 3, 305, que es casi nula.

⁷ P.ej. E. Novoa M., *Curso de derecho penal chileno* (2 vols.) Edic. ConSur. Stgo. (1985) t. I, 23-32; Juan C. Seto E., *Comentario a un fallo de la C. Suprema* de 16.7.1966, en *Rev. de Derecho Privado* (Stgo.) 3 (1966) 27-37; lo que seguí alguna jurisprudencia (potenciando así a la Administración en desmedro de sus propias atribuciones): *Messina con Canto*, CS 15.4.1914, RQJ. t. 12 (1915) 2.1, 226-230; *Hidalgo con Dirección Gral. de Impuestos Internos*, CAg. Con cepción 26.8.1935, GT 1935 2° sem. N° 148,500. A. Muñiz S., en *De las multas y otras sanciones administrativas*. Impr. y Lit. Universo, Valparaíso (1941), sin mayores datos, transcribe un fallo en igual sentido de la C. Suprema.

Claro que no acertamos a comprender cómo se puede interpretar un precepto de confesado origen hispánico, cuyo nacimiento próximo es de 1848, a la luz de una doctrina (la que aquella diferencia “sustancial”, “esencial” o “ontológica”) nacida en otro ambiente (Goldschmidt 1907-Wolf 1930) y para otros contextos, y que nunca halló eco (vaya teniendo esto en cuenta) en la literatura jurídica española. Ver J. Cerezo Mir, *Limites entre el derecho penal y el derecho administrativo*, *Anuario de Derecho Penal y Cs. Penales* (Madrid) 1, 28 fasc. 2 (1975) 162-163.

Con razón ha dicho E. Alfaro, *Derecho penal administrativo*, Ed. Arayú, Bs. Aires (1955), 237: “Si a un contraventor a quien se hace purgar una pena de treinta días de arresto, se le dice que no se preocupe, que la sanción que sufre no es penal, sino administrativa, es probable que no sienta por ella mayor alivio, pues el buen sentido sancho-panceco le hace ver cuánto hay de inútil sutileza en el dolo”.

⁸ Op. cit., 164.

⁹ El *Código Penal concordado y comentado*, Impr. de Manuel Tello, Madrid (1870) 4ª ed. t. 1, 301-302.

¹⁰ *Derecho Penal*, *Parte general* t. 1, Ed. Jurídica, Stgo. (1982) 71-86.

¹¹ Vid. J.R. Casabó R., *Comentarios al Código Penal* t. 2, Anel, Barcelona (1972) 68-70; sobre la opinión, en esa línea, de los primeros comentaristas, p. 81 nota 21. Para una historia del problema en España: J.R. Parada V., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, *Rev. de Administración Pública* (Madrid) 67 (1972) 41-93.

Segundo: Prueba de que no existe separación ni diferencia de fondo entre injusto criminal/injusto administrativo, y que el legislador los califica previamente de mayor a menor gravedad según un criterio valorativo puramente político, son los numerosos casos en que un mismo texto legal (v.gr. Ley 18.168 arts. 31-32) establece pena-penal para determinadas conductas, a la par que en preceptos próximos se contemplan, en cambio, sanciones administrativas para conductas parecidas. Lo mismo demuestran los casos de conversión de una sanción a una pena de mayor drasticidad (DL 211 de 1973, art. 20; C. Sanitario, art. 169; etc.).

Tercero: El propio art. 501 —segunda pieza clave de esta excepción mínima al sistema— no trepida al final en admitir que estas sanciones si son “penas”, como así también se reconoce en varias otras leyes (p.ej. arts. 167 DFL 338 de 1960; 30 del DFL 2 de 1967, orgánico de la Dirección del Trabajo; 451 C. Trabajo; etc.).

Cuarto: Un principio de coherencia interna del sistema normativo así lo impone, pues qué fácil resultaría, de lo contrario, burlar la CP en varios preceptos fundamentales, imponiendo p.ej. la confiscación de bienes a través de actos administrativos, desde el momento en que sólo se prohíbe aplicarla como “pena” (art. 19 N° 7 letra g¹²); o admitirse la retroactividad de las leyes sancionadoras administrativas¹³.

Quinto: La jurisprudencia judicial más actual, sin ir aun tan lejos como para decir la inconstitucionalidad de las potestades sancionadoras de la Administración, e incluso reconociéndole ese poder cuando la ley se lo ha atribuido¹⁴, ha entendido de todos modos —y como antes hacía Huneeus— que estas sanciones 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 tribunales¹⁵.

Todo ello nos lleva a afirmar, junto a Cury¹⁶, que los legisladores de 1875, conscientes de que el otorgar estas prerrogativas a la Administración —así, tan derechamente— vulneraba el principio de la reserva jurisdiccional para los tribunales, recurrieron a la fórmula-ficción de decir que no reputan penas las sanciones administrativas, con el doble propósito de no infringir abiertamente la CP y así descongestionar la labor del juez penal, ante casos excepcionales que sólo merecen represiones de poca intensidad.

2.2. Vendría a completar el esquema el art. 501, al disponer: “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”.

Este precepto, y tal como quedara constancia en las Actas de la Comisión Redactora, no es sino copia mecánica de la legislación española (arts. 493 C. Penal de 1848, 505 del de 1850 y 603 actual), de tal suerte que resulta infructuoso escudriñar nuestra propia historia para desentrañar su origen y sen-

¹² Y Contraloría General de la República, por suerte, no ha caído en ese error: véase dictamen 32.328 de 1986.

¹³ En el campo de lo disciplinario público, tampoco Contraloría ha admitido tal retroactividad, como se aprecia en sus dictámenes 7.518 de 1970 y 68.534 de 1973, entre otros. La jurisprudencia judicial, fuerte y sonora, realimenta igual principio, para lo sancionador administrativo, en fallos de 1965-66 cit. en nota 15 *infra*.

¹⁴ CS 16.8.1976, queja rol 9.445, en Gaceta Jurídica (Sigo) 2 (1976) 14-15. Más indirectamente: Caja de Ahorros de Empleados Públicos con Fisco, CS 16.9.1909, RDJ I 7 (1910) 2.1, 210-217; y Ahumada con Compañía de Gas de Santiago, CS 18.10.1918, RDJ I 16 (1919) 2.1, 313-320.

¹⁵ Vgr. Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos, CAp. Talca 23.6.1933 (cons. 3), RDJ I 31 (1934) 2.1, 305-307 (con casación desechada); o i. de inaplicabilidad Alessandri Rodríguez, CS 27.12.1965, RDJ I 62 (1965) 2.3, 114-119; Daniel Yarur, 31, 3.1966, RDJ I 63 (1966) 2.1, 94-110; Valdes Freire, 5.7.1966, ídem 2.3, 88-91; Banco de Crédito e Inversiones, 12.7.1966 ídem 93-95; Bolumbura Pin, 13.8.1966, ídem 105-109; Fluxa Industrial del Cuero S.A., 15.7.1966; Tejidos Caupolicán S.A., 16.7.1966 rol 6.966; Soc. Comandari Industria Textil, 23.7.1966 rol 6.974.

¹⁶ Ob. cit. 71-86. Véase, a propósito, el proyecto de ley de régimen interior de Lasteria (1877) cit. en nota 3, que para conferirle estos poderes a agentes administrativos recurriendo a un artificio semejante al del art. 20 C. Penal) aduce veladamente una razón meramente práctica: a la fecha, la mayoría de la población vive en aldeas o campos, lejos de los lugares de asiento de los tribunales, lo que originaba autoridades de gobierno nominales y sin poderes eficaces. Así lo entiende Federico Peña C., El poder de policía y la prevención del delito, Rev. de Cs. Penales (Sigo) 3 (1937) 314.

tido, salvo en lo que dice relación con los límites máximos que por multas podía imponer la Administración, en donde sí es posible invocar algunos precedentes en el derecho chileno¹⁷.

Pero, lo malo es que en este punto tampoco existen datos históricos fidedignos en España, como admite, tras larga búsqueda, Lorenzo Martín-Retortillo. Sin embargo, trae a cuenta lo que podría considerarse como única fuente de la norma en estudio, la Instrucción de 30.11.1833 para los subdelegados de Fomento en España, que estimamos útil consignar en su parte pertinente: "Una ley especial fijará las penas que han de imponerse a los contraventores de las disposiciones administrativas, y el modo con que las autoridades del ramo deben solicitar a los jueces respectivos la aplicación de ellas. Entretanto servirán de regla que los agentes de la administración no pueden por sí aplicar otras que las multas determinadas en los reglamentos, en los casos y por las cantidades que ellos señalan". Vale decir —y como previene el mismo autor— "es como si se pensara en una categoría cuya guarda se encomienda a los jueces y no a las autoridades administrativas"¹⁸.

Nos parece, no obstante, que de este art. 501 se desprenden tres ideas fundamentales, a saber:

Primera: Hay un reconocimiento a la potestad sancionadora de la Administración, en cuanto a que está facultada —previa atribución de ley expresa y debidamente reglamentada— para "imponer" (como dice el art. 20) castigos a los particulares por infracciones a las disposiciones administrativas, o como hoy la denominaríamos, se admite su "autotutela declarativa" en tal sentido. Es mucho más incierto, sin embargo, que consienta también una "autotutela ejecutiva", o sea que en caso de resistencia, v.gr. a sufragar la multa impuesta o declarada por la Administración, se le permite además llevarla a efecto coactivamente con sus propios medios, sin necesidad de acudir al juez, sea penal (denunciando el hecho), o sea civil (si al acto que la contiene se le ha dado mérito ejecutivo).

Segunda: Pero este poder es limitado, y en un doble sentido:

a) Porque es *residual*, ya que tanto en el libro III —en donde se ubica el art. 501— dedicado a las faltas, como en el resto de las disposiciones del código, están previstas la mayoría de las conductas constitutivas de infracciones al ordenamiento jurídico administrativo, con penas que sólo al juez incumbe atribuir, por lo que esta potestad sancionadora de la Administración únicamente puede recaer en los casos allí no repelidos, reafirmandose con ello la idea de que ésta ejerce, en verdad, un poder ajeno, que de suyo pertenece a aquél¹⁹.

Así, y si no se quiere alternar gravemente el principio del "non bis in idem", la sanción administrativa es admisible en tanto el ilícito que la justifica no merezca una pena-penal.

b) Porque es de una *intensidad restringida*, puesto que se le pone un tope o nivel máximo de rigor, no pudiendo exceder los castigos impuestos en virtud de este poder del *quantum* establecido en este art. 501.

¹⁷ Véase por ej. la ley de Municipalidades de 8.11.1854, art. 103, reemplazada por ley de 9.10.1861, y la posterior de 12.9.1887, en su art. 95, en donde se señalaba que las ordenanzas o reglamentos de policía de salubridad, buen orden, seguridad, etc., que acordara una Municipalidad, sólo podían surtir efectos dentro de su respectivo territorio, pero que tratándose de reglas de policía de más general aplicación, relativas a los mismos objetos, debían emanar del PR, de acuerdo con el Consejo de Estado. "si en ellos se impusiere a los infractores multas cuyo máximo no podrá exceder de cien pesos".

¹⁸ Multas administrativas. RAP (Madrid) 79 (1978) 965, esp. pp. 31-37; la cita está en p. 36 nota 74. Una aproximación al tema y sobre la extraña alusión sólo a las ordenanzas y reglamentos "que se publicaren en lo sucesivo", en su fórmula "cuestiones de hecho" como delimitador de la competencia de los jurados de riesgo. RAP 85 (1971) 159-234, esp. 200-202.

J. Ramón Parada V., op. cit. 70, aporta recordando que "en el Código Penal (español) de 1822 no hay previsión alguna de las potestades sancionadoras administrativas", pero que el art. 185 alude así al asunto: "Las faltas y los delitos no comprendidos en este Código que se cometan contra los reglamentos u ordenanzas particulares que rigen en algunos ramos de la Administración Pública serán juzgados y castigados respectivamente con arreglo a las mismas ordenanzas y reglamentos". Dice que parece copiado del art. 486 del C. Penal francés "en el que la invocación de las sanciones previstas en los reglamentos de Administración Pública se hace en conexión con la competencia de los tribunales para imponerlas". Añade que "por otra parte... el precepto de nuestro Código, situado antes de otros que aluden a la jurisdicción militar y eclesiástica, parece orientado a salvar las competencias privativas de ambos órdenes judiciales, cuya especialidad respetaba la propia Constitución". Por estas dos razones concluye: "No hay aquí atribución de potestad punitiva".

¹⁹ Como dice Martín Retortillo, Multas administrativas cit., 36, aludiendo al extenso catálogo del código español, "si tantas infracciones estaban allí previstas, poco sería... lo que quedaba a la disposición de las leyes especiales".

Por otra parte, en cuanto al "poder ajeno" que en estos casos detenta la Administración, en estricto rigor, éste se dinamiza por medio de decisiones que no son propiamente "actos administrativos" sino "jurisdiccionales" por su intrínseca naturaleza. Por ende, debemos reconocerlo, todo este asunto no forma parte del derecho administrativo (salvo por la mera circunstancia de estar comprometidos órganos administrativos), sino que debe ser tenido, en verdad, como un "derecho penal especial".

Si a ello se añade la absoluta interdicción para que los agentes administrativos puedan imponer sanciones privativas de libertad —ante la reserva categórica que la CP hace en tal caso para los jueces—, resulta que la Administración sólo va a poder aplicar aquellas multas cuya cuantía no sea superior a las que la ley prevé para las faltas en el libro III del Código Penal, y sin perjuicio de otras medidas preventivas o correctivas, como señala el art. 20²⁰.

Tercera: Que todo lo anterior configura un cuadro “general” sobre los poderes sancionatorios administrativos, al lado de una posibilidad de signo contrario pero más excepcional aún (si ya lo es consentir la existencia misma de esta potestad), que se admite en última instancia, por la vía de “leyes especiales”.

III. EL QUIEBRE DEL SISTEMA POR LAS “LEYES ESPECIALES”

Ni qué decirse tiene que, a poco andar el siglo 20, la referencia cuasi marginal que el art. 501 hacía a las “leyes especiales” abre las puertas, de par en par, a los poderes sancionatorios administrativos, por medio de un cúmulo enorme e incoherente de preceptos legales en tal sentido. La ruptura del esquema antes señalado fue —sin exagerar— estrepitosa, arrastrando con ello a buena parte del mismo estado de derecho y dejándolo gravemente resentido.

No es del caso hacer aquí un recuento del gran número de “leyes especiales” que tal atribución otorgaban a la Administración, ni del ambiente de indefensión que algunas de ellas generaban, sino destacar que a ello se iba a añadir una doctrina —escasa, es cierto— que no trepida en la apología, sin cuestiones ni tapujos, de este nuevo poder represivo, tanto por estimarlo “indispensable”, cuanto porque sería necesario “ajustarse” a los nuevos aires que, desde Europa, insuflaba Goldschmidt²¹, forzando una amnesia deseada sobre lo que era nuestra propia realidad, de confesado origen hispánico.

Solucionar este grave problema —que aún se mantiene en alguna medida, aunque temperado por la activa labor asumida por el juez en los últimos 12 años fiscalizando el quehacer de la Administración— es tarea que, a no dudarlo, se impone. Y en esa misión corresponde un lugar de privilegio (decisivo, diríamos) al legislador y a los tribunales de justicia, según se verá.

IV. UNA PROPOSICION PARA EL RETORNO A NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Es claro que es necesario revertir esa situación, y ello por dos caminos bien concretos.

Una primera vía —que aparece la más obvia y evidente— cual es la de restituir todo este poder sancionatorio a quien, por mandato constitucional expreso y categórico, debe poseerlo en plenitud: el juez.

Mas, y como se podrá vislumbrar, tal solución completa y radical algún problema práctico puede ocasionar ahora, la prudencia impone *una segunda vía*, una respuesta paliativa y parcial pero efectiva, sobre la base de hacer concurrir en forma copulativa, tres factores distintos:

a) Hacer retomar al juez aquellas potestades sancionatorias más rigurosas, excluyéndolas de la esfera administrativa.

²⁰Y nos prueba que esta guía de proporcionalidad funcionó en la práctica en España, I. Martín Retortillo B., en *Multas administrativas* cit., 32 nota 64, y en *La fórmula “cuestiones de hecho”* cit., 200.

²¹Véanse los trabajos de F. Peña cit. en nota 18; de Adolfo Murillo en nota 7; de M. Fuentes M., *Derecho administrativo penal*, Stgo. Ed. Universitaria (1954); etc., los dos últimos con abundante información sobre las leyes vigentes a la época. Sospechamos que ante el exacerbado propósito de potenciar al Estado administrador, con fines políticos muy precisos, poca o ninguna trascendencia pudo tener, en verdad, este apoyo doctrinario, máxime si su inspirador Goldschmidt había ideado sus fórmulas para un ambiente y con un propósito político diametralmente opuesto.

b) Consentir en manos de la Administración un poder represivo mínimo, no tanto en cuanto a cantidad sino en cuanto a retornar a aquella levisima posibilidad prevista por el Código Penal, y suceptible de control judicial, y

c) Para tal efecto, proyectar sobre este poder los principios juridico-penales garantizadores de los derechos fundamentales, de los cuales —en esta ocasión— mostraremos tres de enorme trascendencia: el de la legalidad de la infracción, de la legalidad de la sanción y del “non bis in idem”²².

1. Legalidad de la infracción

1.- Con el indudable propósito de dar seguridad a la actuación de los sujetos dentro del derecho, el art. 19 N° 3 inc. 7 CP reconoce que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Luego, se requiere que la infracción que origina la pena sea materia reservada al legislador; que esa ley sea previa (en armonía con su inc. 6°), y que sea expresa, esto es que la conducta constitutiva del ilícito esté contenida o descrita por ella en términos formales y suficientemente explícitos.

Ninguna ley puede escapar a esta garantía, ni aun a pretexto de no ser el juez, sino otra autoridad, quien en definitiva habrá de aplicar la sanción.

Una rotunda negativa a aplicar igual principio a las infracciones administrativas, fundada en la supuesta necesidad de “flexibilizar” las potestades de la Administración, no sólo importa un desprecio al claro e inequívoco tenor de la CP, sino que —además— conlleva una confusión en su proposición que hace perder la verdadera perspectiva del problema.

1.1.— En efecto, ha de repararse a tal negativa que no son propiamente “administrativas” las potestades sancionatorias atribuidas a la Administración, otorgadas por razones pragmáticas que no dicen relación con la inobservancia del principio que venimos comentando. En estricto rigor, lo son jurisdiccionales.

De ello se sigue que ese rechazo, en realidad, busca posibilitar —al margen del resguardo constitucional— la imposición de una pena que al juez le sería imposible aplicar, por el deber de tener que atenerse necesariamente a él. En otras palabras, lo que no pudo hacer el juez —“atado” por la garantía—, si podría realizarlo el empleado público, a través del burdo recurso de encomendarle o traspasarle la función represiva.

Más, en esos casos y al sustraerlos a la vigencia del principio *nulla poena sine lege*, debería hablarse derechamente y sin rodeos de querer *flexibilizar la posibilidad de castigar*²³, suerte de curiosa paradoja si nos situamos en el plano moral, puesto que tenemos pecador pero no pecado.

1.2.— Sin embargo, la aplicación del principio no sólo se impone porque hay texto constitucional en ese sentido, que no exceptúa a ley alguna de su esfera, que no admite burla y que ni siquiera tiene como destinatario único de su mandato al juez, sino también porque debe advertirse que tanto la función judicial como la administrativa (aunque sea un caso tan anómalo como éste, de atribuciones sancionadoras), participan de idéntica forma en cuanto al otorgamiento de las potestades que requieren.

El administrador también, conforme a los arts. 6° y 7° y 62 N° 2 CP, requiere extraer sus poderes de ley previa y expresa. Más aún, en tanto las infracciones administrativas importen una restricción o límite a los derechos y libertades fundamentales, requieren ley en parejo sentido, única que debe regular los supuestos o condiciones que la propia CP exige para que sea admisible esa restricción.

²² Vid. nuestro, *El derecho administrativo sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)*, en RDJ t. 84 (1987) Primera Parte, Secc. Derecho (en prensa), en donde malamente hemos abordado otros puntos relacionados con la materia.

²³ En este sentido, E. Cury Ob. cit., 78.

No puede pues, exhibir la Administración un poder represivo que así no le haya otorgado la ley. Ni puede tampoco crear nuevas infracciones por vía reglamentaria u otro acto semejante, tal como lo ha venido a expresar últimamente la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en *Distribuidora El Patagón Limitada con Impuestos Internos*²⁴.

1.3.— Nó obstante, y al igual que lo que sucede en la esfera criminal, problema más arduo es hacer frente a las "leyes penales en blanco", esto es aquellas en que ha sido el mismo legislador el que se remite a un reglamento para fijar o completar el supuesto de la infracción.

Si se admite que el inciso final del art. 19 N° 3 CP ha tenido la virtud de acabar con estas leyes, exigiendo que ellas se basten a sí mismas en la configuración del hecho punible, del mismo modo, la integración de las leyes que nos ocupan por medio de simples reglamentos debe tenerse como posibilidad proscrita de nuestro ordenamiento jurídico²⁵.

2. Legalidad de la sanción

Es evidente que no cabe aplicar otras sanciones administrativas que las expresamente contempladas en los cuerpos legales, pues lo contrario vulneraría el art. 7 CP, tal cual ha manifestado Contraloría General de la República en *dictamen* 26.518 de 1970²⁶.

No es posible sostener, entonces, que el art. 501 C. Penal habilitaría desde ya para establecer sanciones de este tipo por vía reglamentaria, ya que —como él mismo advierte— es menester que ello lo sea "en virtud de atribuciones gubernativas", las que sólo pueden encontrar su fuente en texto previo y expreso de ley, como lo señalaba ya el art. 160 CP 1833, lo repetiría después el art. 4 CP 1925 y hoy lo prevén los arts. 6-7 y 62 N° 2 CP 1980 y el art. 2 de la Ley 18.575. El mismo art. 19 N° 3, con un elemental sentido de Justicia Natural, viene a ratificarlo, al requerir que toda pena debe estar señalada en una ley anterior a la perpetración de la infracción²⁷.

Una *vía práctica* —para no dejar infracciones sin sanción— consiste en introducir en la ley una cláusula general, con una sanción para todos los casos en que no se haya previsto una específica (v.gr. arts. 19 DL 1.097/75, para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; 50 DL 3.500/80, para la Superintendencia de A.F.P.; 80 Ley 16.744/68 para los órganos públicos administradores del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; 174 Código Sanitario; 451 Código del Trabajo; 39 Ley 18.690; 140 DFL 1, de Minería, de 1982, Ley Eléctrica; etc.).

Una *modalidad* —y que es a la que alude el art. 501 C. Penal— se encuentra en algunos casos en que la ley contiene una atribución genérica y se encomienda a un reglamento u otro acto administrativo general (p.ej. ordenanzas municipales, en el art. 10 inc. 2° Ley 18.695 de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades) regular el *quantum* de las sanciones que pueden aplicarse en casos concretos, previa fijación por la ley de los límites mínimos y/o máximos en que puede jugar esa regulación secundaria. Ello, obviamente, sin perjuicio de los casos en que la determinación concreta de la intensidad represiva se encarga directamente al acto que resuelve la situación específica, dentro de los marcos legales.

Una *consecuencia* de este principio-garantía es que, aparte de ser improcedente aplicar una sanción no prevista por ley —ya en su tipo específico, ya en su rigor— tampoco procede sin ley previa y

²⁴ 3.3.1980 (cons. 4) RDJ 1, 77 (1980) 2.2, 79.

²⁵ Sobre este tema, en la criminal, vid. la posición de la Corte Suprema (con voto de minoría del Sr. Retamal) en s. inaplicabilidad *Seguel Molino*, 28.1.1986, GJ 69 (1986), 34-42.

²⁶ En cuanto a la imposibilidad de establecer sanciones disciplinarias por vía reglamentaria, vid. *dictámenes* 41.294 de 1962, 26.518 de 1970 da exclusivamente en el Derecho, sino que en su libertad natural. Esta libertad que no le ha sido otorgada por el Estado ni por el Derecho, sino que le ha sido reconocida por aquél, es inherente a su naturaleza trascendente, en cuanto creatura hecha a imagen y semejanza de Dios.

²⁷ Además, cuando las sanciones administrativas afecten derechos fundamentales —p. ej. la propiedad tratándose de multas—, debe excluirse la posibilidad de establecerlas vía legislación delegada, por la prohibición que al efecto señala el art. 51 inc. 2 CP.

expresa, castigar administrativamente, además de las conductas ilegales consumadas, los actos preparatorios de esas contravenciones, como sustenta Contraloría General de la República en *dictamen* 16.894 de 1984. Lo mismo, a mi juicio, cabe predicar con respecto a la frustración.

3. El principio "*non bis in idem*"²⁸

Si nadie puede ser castigado dos veces o más por un mismo ilícito, y si hemos de advertir que en variada legislación se admite la compatibilidad de dos o más sanciones administrativas entre sí y/o entre éstas y las penas judiciales fundadas en los mismos hechos antijurídicos, es irrefutable una transgresión a este principio.

Casos hay de posible compatibilidad entre 2 o más penas administrativas, como ocurre p.ej. con la Ley 18.410 de 1985, cuyo art. 16 permite que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles pueda acumular la sanción de multa con cualquiera de las otras que se establecen (censura, clausura, etc.). La aplicación de más de una de estas sanciones, por idéntica infracción, ya se consultaba en el DL 3.538 de 1980 (art. 27), que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, y se reitera en la Ley 18.469 de 1985 (art. 13, modificado por art. 25 Ley 18.681 de 1987), que atribuye poderes represivos al Fonasa, respecto a los profesionales y establecimientos inscritos en el sistema de libre elección para salud.

Respecto a la duplicidad entre sanciones administrativas y judiciales, huelga acusar los abusos a que puede llegarse, con la consiguiente falta de coordinación entre Poderes del Estado que deben actuar armónicamente, ya que es bien factible que los mismos hechos conduzcan a la absolución por el juez, mientras que —apreciados por la Administración— generen una sanción. El respeto al principio señalado debe poner pronto atajo a esta aberración (que permite el art. 165 N° 6 DL 830 de 1974, Código Tributario)²⁹, al igual que a todos aquellos casos en que se regula una sanción administrativa, para hipótesis que ya son consideradas infracciones penales y castigadas como faltas en el Código Penal o en otras leyes criminales (v.gr. art. 496 N° 14 C. Penal con el art. 11 de la Res. 125, de Transportes, de 14.12.1987)³⁰.

Pero un excesivo rigor puede y debe ser al menos morigerado por los tribunales, particularmente en los casos en que la Administración, habilitada para sancionar, pretende extender sus poderes a situaciones reprimidas en las leyes penales, sin que se haya consagrado esta compatibilidad. Así, en el reclamo de ilegalidad *Estrada con Alcalde de Ñuñoa*³¹, la Corte de Apelaciones de Santiago rectifica que en esos casos "se trata de asuntos jurisdiccionales que a los alcaldes u otras autoridades no judiciales les está vedado conocer, en virtud de lo dispuesto en los artículos 7 y 73 de la Constitución Política y 1° y 5 del Código Orgánico de Tribunales" (cons. 7), y que la ley "no los autoriza de modo alguno para decretar sanciones reservadas a órganos jurisdiccionales, y al imponerlas infringe la norma constitucional señalada en el inciso 4 del art. 19 N° 3 de la Constitución" (derecho a ser juzgado sólo por el juez penal).

ra el ilícito.

²⁸Vid., en el derecho administrativo español, A. Muñoz Queiroga, *El principio non bis in idem*, REDA (Madrid) 45 (1983), 129-142.

²⁹Una muestra más del aumento de estos poderes sancionatorios, y en este caso con grave peligro para el principio en comento: la Ley 18.190 de 1987, que concedía un aguinaldo de fin de año, prescribía que quienes percibieran en forma indebida un monto superior al legal, debían restituir doblada la suma recibida en exceso y que esta sanción sería aplicada por la Superintendencia des. Social (art. 11 inc. 4). A poco andar, la Ley 18.676 de 1987, que otorgó idéntico beneficio, no se contentó con exigir la devolución (pero ahora con duplicada) sino que, además, se señala que ello es "un perjuicio de las sanciones administrativas y penales que pudieren corresponder" (art. 8 inc. 5).

³⁰A propósito de los arts. 175-176 del DFL 338 de 1960, que consagran la independencia de la responsabilidad administrativa con respecto a la judicial, hoy reiterada por el art. 15 de la Ley 18.575: no creo que pugnen con el *non bis in idem*, puesto que (salvo la multa) ninguna de las medidas disciplinarias que establece ese Estatuto tienen un contenido propiamente penal. Incluso las más graves de ellas (pérdida de renuncia y destitución) se asemejan más al simple término de un contrato de trabajo que a una sanción penal. Es más, por la misma mecánica prevista para su aplicación, el ilícito penal cometido por un funcionario dará origen a una de esas medidas expulivas, pero no se llegará a encontrar la sanción penal con la única medida disciplinaria que reviste igual naturaleza, la multa.

³¹8.5.1987, GJ 83 (1987) 59-61. Dejáse con ello que el poder sancionatorio de la Administración sólo es factible que opere allí donde la ley no ha previsto una pena penal pa-

V. CONCLUSIONES

El empeño por formular supuestas diferencias ontológicas o sustanciales entre el ilícito criminal y el administrativo, no sólo carece de todo asidero, sino que, además, es de suyo peligroso para la pervivencia de nuestro estado de derecho.

Las sanciones administrativas sí son penas, por lo que, o se restituye todo este poder represivo al juez —observando así la CP— o, al menos, se consiente una mínima posibilidad represiva a la Administración, pero sujeta al control del juez, sobre la base de los principios penales garantes de los derechos fundamentales.