

Cordero Quinzacara, Eduardo  
Sanciones administrativas y mercados regulados  
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXVI, núm. 1, julio, 2013, pp. 119-144  
Universidad Austral de Chile  
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173728674006>

## Sanciones administrativas y mercados regulados\*

*Eduardo Cordero Quinzacara\*\**

### RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto analizar el problema de las sanciones administrativas a partir de las categorías del denominado Derecho regulatorio. El autor sostiene que la actividad regulatoria de la Administración no constituye una nueva función, sino que se superpone a los conceptos tradicionales de actividad de policía y servicio público, pero proyectada desde otra perspectiva: como técnicas de intervención ante las fallas del mercado. Con tal objeto, hace una evaluación de nuestro régimen sancionador administrativo en Chile a partir de los criterios que aporta la doctrina de la regulación y sostiene que muchos de ellos ya se encuentran positivizados en nuestro Derecho.*

Sanción administrativa – derecho regulatorio – mercados regulados

## *Administrative sanctions and regulated markets*

### ABSTRACT

*This paper aims to analyze the problem of administrative sanctions from the categories of the Regulatory Law. The author argues that the activity of the regulatory does not constitute a new function of the public Administration. On the contrary, there is an overlap on traditional concepts such as police and public service, but supported by other grounds: techniques of intervention before market's failures. With such a purpose, the administrative sanctions are assessed according to the criteria of the doctrine of the Regulation, which includes many principles already contained in our law.*

Administrative sanctions – regulatory law – regulated markets

---

\* Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto “Fundamentos y principios de la potestad sancionadora de la Administración del Estado en el Derecho chileno” N° 1110791.

\*\* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: [eduardo.cordero@ucv.cl](mailto:eduardo.cordero@ucv.cl).

Artículo recibido el 15 de marzo de 2013 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 29 de mayo de 2013.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

**E**l reconocimiento de poderes sancionadores en manos de la Administración cobra especial interés en el caso de las técnicas de intervención con que cuenta el Estado para regular las actividades económicas por razones de interés público. Es aquí donde se plantea una constante tensión entre los derechos fundamentales en el ámbito económico y las potestades públicas que el ordenamiento jurídico entrega a las entidades administrativas con el objeto de satisfacer el interés general.

Nuestra Constitución establece con toda claridad un conjunto de principios y normas que la doctrina y jurisprudencia nacional comprende bajo la denominación de “orden público económico”. En el marco de dichas disposiciones aparecen un conjunto de principios considerados capitales en la materia: subsidiariedad y servicialidad del Estado, autonomía de los grupos intermedios, bien común, libertad de trabajo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el rol del Estado empresario, el régimen de los bienes y el derecho de propiedad, entre otros<sup>1</sup>. A partir de dicho marco constitucional se ha desarrollado una nueva perspectiva o planteamiento en el análisis de la actividad que realiza la Administración y las técnicas de intervención, enfocando la cuestión desde las libertades de las personas en el ámbito económico, el mercado como mecanismo de asignación de recursos y la intervención del Estado de forma justificada o tasada a través de órganos reguladores. Es aquí donde las categorías del Derecho administrativo tradicional comienzan a resquebrajarse, especialmente influido por los procesos de liberalización de los mercados, la crisis del servicio público y los fenómenos de huida del Derecho administrativo. Aparece un nuevo modelo de análisis dogmático que tiene un rótulo singular: la Regulación o el Derecho regulatorio, denominaciones que vamos a utilizar de forma indistinta.

Como bien señala un autor, es usual comenzar los trabajos académicos sobre regulación aludiendo a su confusión, para, a continuación, señalar su procedencia norteamericana<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase Cea Egaña, J.L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 168-170. Esta denominación fue tomada de la doctrina francesa, específicamente de la obra de Ripert, G., *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, 2<sup>a</sup> ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, pp. 254-255. Según Martín-Retortillo, S., *Derecho administrativo económico*, T.I, Madrid, La Ley, 1988, p. 185, con el concepto de orden público económico se remite a toda la actividad administrativa de intervención en la actividad económica privada, con una idea de globalidad, al mantenimiento de lo que ese concepto representa: normal funcionamiento del sistema económico. En su opinión este esquema responde a una manifiesta intencionalidad política: postular y defender, precisamente, un sistema económico apoyado en los principios de mercado que serán, en definitiva, los que determinan el alcance y contenido del orden público económico. Este sería un concepto que se formaliza, simplemente, mediante la extensión, casi sistemática, del tradicional orden público al campo económico. En el momento actual no parece que sea preciso buscar título de legitimación de la actividad ordenadora de la Administración, como en otros tiempos lo fuera el concepto de orden público: aquél se deriva explícitamente, y de forma muy precisa, del sistema que en cada ordenamiento se deduce de la correspondiente Constitución económica. También se puede ver Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo*, T. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 11-19, y Silva Bascuñán, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 51-53.

<sup>2</sup> Betancor, A., *Regulación: Mito y Derecho*, Madrid, Thomson Reuters, 2010, p. 31.

Se trataría de un concepto pluridisciplinario y jurídicamente confuso, ya que su estudio es objeto de diversos saberes, como la economía, la politología, la sociología, etc., y a la cual el Derecho ha llegado con cierto rezago. Además, según la perspectiva, este concepto puede llegar a ser muy amplio como restringido. En un primer nivel, algunos consideran que la regulación es cualquier acción que realiza el Estado respecto de la sociedad, sin importar la forma que esta tenga. En un paso posterior, la regulación solo sería la medida estatal adoptada mediante el Derecho. Luego, en el nivel siguiente, se comprenden aquellas medidas jurídicas que restringen las actividades económicas, ya sean legislativas, judiciales o administrativas. Posteriormente, estas medidas solo abarcan la intervención de órganos administrativos, excluyendo el legislativo y judicial. Por último, la regulación se reduciría a la intervención *ex ante* en los mercados considerando las fallas que presentan, dejando fuera la institucionalidad y las medidas que se adoptan para la defensa de la libre competencia<sup>3</sup>. En el caso norteamericano, este último nivel tiende a identificarse con la intervención que realizan las agencias independientes en la actividad, ya sea mediante normas o actos administrativos<sup>4</sup>. Nuestra doctrina centra su análisis en los dos últimos niveles, esto es, en las medidas de intervención que realiza la Administración en las actividades económicas, ya sea que se trate de mercados que operan bajo el régimen de libre competencia o de mercados regulados en consideración a las fallas que presentan. Para efectos de nuestro estudio, este será el concepto que utilizaremos<sup>5</sup>.

Ahora bien, el Derecho regulatorio parece evocar algo que a todas luces es evidente, como es la función regulatoria que le corresponde a toda norma jurídica. No se trata en este caso de cualquier regulación, sino que de una más intensa, como consecuencia del interés público comprometido en determinadas actividades que desarrollan los particulares. *Sensu contrario*, se debe entender que se trata de una suerte de polo opuesto a una regla general frente al Derecho: la libertad económica de las personas y, por tanto, la libre concurrencia en los mercados de los cuales participan.

Además, desde una perspectiva económica, el Derecho aparece como el medio que debe entregar un conjunto de herramientas que sean eficaces para alcanzar una finalidad muy precisa: “garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se

<sup>3</sup> Betancor, (nota 2), pp. 42-43.

<sup>4</sup> La Executive Orden N° 12.866, de 30 de septiembre de 1993, sobre *Regulatory Planning and Review*, establece los objetivos, principios y el procedimiento que debe ser aplicado por las Agencias en el ámbito de la regulación, señalando lo siguiente: *regulation or rule means an agency statement of general applicability and future effect, which the agency intends to have the force and effect of law, that is designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or to describe the procedure or practice requirements of an agency*. Este concepto que identifica la regulación como toda medida que adopta una Agencia también es seguido por los autores. Véase, entre otros, Coglianese, C. y Kagan, R.A., *Regulation and Regulatory Processes*, Hampshire, Ashgate Publishing, 2007, p. xi.

<sup>5</sup> El concepto utilizado en los Estados Unidos es muy estricto, pero ha experimentado una evolución que se atribuye a los economistas y que ha llegado a abarcar cualquier forma de intervención del Estado en materia económica, muy cercana a la concepción inglesa. Según Betancor (nota 2), p. 40, a partir de los años 90 se recibiría esta noción amplia en Europa con la expansión de la liberalización, llegando a abarcar el concepto sociológico o politológico de regulación como cualquier forma de control social de las actividades económicas.

trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer<sup>6</sup>. En dicha misión los instrumentos están claramente jerarquizados. En primer lugar debe operar el mercado y la competencia, salvo que las fallas del mismo hagan necesario e imprescindible la intervención por parte del Estado mediante la regulación de dichas actividades. En buenas cuentas, el mercado no es un fin en sí mismo, pero sí constituye un instrumento probado, seguro y, por tanto, valorado para alcanzar dichas finalidades siempre y cuando no tenga fallas en su funcionamiento. Esto significa, a su vez, que el Derecho debe diseñar un modelo de regulación que permita el desarrollo de los mercados y de la competencia en la medida de lo posible, a través de las técnicas que le son propias (reconocimiento y protección de derechos y libertades, liberalización de los sectores económicos, institucionalidad en defensa de la libre competencia, medios coercitivos, sanciones, etc.), y solo como *ultima ratio* debe intervenir cuando la realidad no permite un funcionamiento adecuado del mismo.

## II. MERCADOS REGULADOS E INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA. UN CAMBIO EN EL ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El análisis tradicional, en perspectiva jurídica, de las formas de actuación de la Administración se ha centrado en la triada de actividades descritas por Luis Jordana de Pozas en 1949 y que distinguía entre actividad de policía, actividad de servicio público y actividad de fomento<sup>7</sup>. Dicha clasificación tuvo particular éxito en la doctrina española, al punto que hasta hoy es de uso habitual y solo ha sido objeto de algunos matices o de la incorporación de una cuarta o quinta categoría<sup>8</sup>. Por tal razón, no debe extrañar que nuestra doctrina también haya seguido esta distinción para dar cuenta de la actividad material que realizan los órganos de la Administración del Estado, con el objeto de explicar las formas y técnicas con las cuales se relaciona con los particulares<sup>9</sup>.

Desde la perspectiva de la intervención en las actividades económicas, las formas de actuación de la Administración parecieron estar bien descritas o, a lo menos,

<sup>6</sup> Ariño, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 589.

<sup>7</sup> Véase Jordana de Pozas, L., “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 48, 1949, pp. 41-54.

<sup>8</sup> Así, se hablaba además de la gestión industrial o económica (Villar Palasí, J.L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 3, 1950, pp. 53-129); de la actividad de planificación (Ariño, nota 6, p. 296) o de actividad arbitral (Parada, J.R., “Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración”, en *Revista Galega de Administración Pública*, N° 23, 1999, pp. 13-43).

<sup>9</sup> Véase, entre otros, Bermúdez Soto, J., *Derecho Administrativo General*. Santiago, Thomson Reuters, 2011 y Camacho Cepeda, G., “La actividad sustancial de la Administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, R.(coor.), *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.

comprendidas casi en su mayoría a través de esta triple distinción. Por una parte, es la propia Administración la que de forma directa realiza una actividad prestacional (educación, salud, vivienda, caminos, etc.); establece limitaciones a las actividades realizadas por los particulares por razones de orden público y salubridad (reglamentación, autorizaciones, mandatos y prohibiciones, sanciones administrativa); o recurre a mecanismos de incentivo de la actividad de los particulares con razones de interés público (subvención, subsidios, exenciones tributarias, preferencias en la adquisición de derecho, etc.). Tampoco cabe duda respecto del carácter central que llegó a tener la figura del servicio público, al punto de transformarse no solo en una importante técnica de intervención y de crecimiento exponencial del aparato público, sino también en una categoría dogmática capital al momento de definir el Derecho administrativo.

En este contexto, el denominado Derecho regulatorio aparece para algunos como un nuevo rótulo para comprender conceptos ya conocidos. La intervención del Estado en las actividades económicas que desarrollan los particulares no era algo nuevo, y bien podía ser comprendido mediante formas más intensas, como sucede con las actividades publicitadas y las concesiones de servicio público (condiciones de ingreso a la actividad, fijación de precios o tarifas, desarrollo de infraestructura, planificación, etc.), o más atenuadas, como ocurre con la actividad de policía u ordenación respecto de diversos ámbitos de la economía (urbanismo, medio ambiente, salubridad pública, etc.). En este contexto, las categorías dogmáticas tradicionales se podrían seguir manteniendo, haciendo matices en algunos casos, reformulando algunas o, derechamente, forzándolos hasta el límite, al punto de reconocer la imposibilidad que tendrían para enfrentar determinadas realidades y colocarlas en el baúl de las excepciones, singularidades o de figuras *sui generis*. Incluso, para resolver el punto, bien podría entenderse que la actividad regulatoria de la Administración conforma una categoría más respecto de las formas que adopta la actividad material de la Administración<sup>10</sup>.

Sin embargo, y en nuestra opinión, esto no resulta posible. En primer término, el Derecho regulatorio no responde al diseño estricto de categorías dogmáticas o conceptuales, como sí ocurre con el edificio que conforma el análisis jurídico de las actividades materiales de la Administración. En él existe claramente una visión marcada por las ventajas del mercado y el desarrollo de técnicas de intervención a partir de las fallas del mismo. Su visión parte desde la libertad económica, la libre competencia y la intervención mínima o, si se quiere, necesaria en razón de los fines que debe satisfacer el Estado. Por su parte, el análisis desde la actividad material de los órganos administrativos es claramente más formal, integrada por una batería de conceptos que permite explicar una realidad jurídica, muchas veces de forma aséptica, y desde la perspectiva de los poderes y atribuciones de los órganos administrativos a partir del interés público que debe resguardar. En definitiva, no es que el Derecho regulatorio o la actividad regulatoria constituya una modalidad de la actividad de la Administración. Entenderlo así sería un error. Se

<sup>10</sup> Así, Saddy, A., "La función regulatoria de la Administración Pública y su responsabilización", en AA.VV, XXX Jornadas de Estudios. *La regulación de los mercados: Telecomunicaciones, energía y valores*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2009, p. 160.

trata simplemente de una perspectiva de análisis distinta que abarca el régimen de las actividades económicas con una idea preconcebida de dar primacía al mercado y a la libre iniciativa de los particulares, y en donde no es posible omitir la intervención del Estado a través de su aparato administrativo. En segundo lugar, el Derecho regulatorio gira en torno a una disciplina que es central: el Derecho de la competencia, en donde el mercado competitivo es el mejor mecanismo para asignar bienes y servicios, determinar su precio y la forma en que estos deben ser producidos. Por lo tanto, la competencia es un valor que se debe resguardar a partir de la libre concurrencia de oferentes y demandantes, con acceso simétrico en la información e igualdad de las partes. Es en este ámbito donde el Derecho administrativo demuestra su incomodidad frente a sus categorías tradicionales. No se trata de una técnica de intervención clásica, sino de la existencia de un órgano regulador independiente que debe adoptar las medidas que fijen el marco de actuación de los agentes en el mercado y que reprima aquellas conductas contrarias al valor de la libre competencia. Ya no estamos frente al modelo clásico de servicio público, sino ante una entidad llamada a ser la “policía” de la competencia. El punto de partida y la existencia del Derecho regulatorio es el mercado, pero no en su forma perfecta, sino a partir de las condiciones que debe cumplir para garantizar la competencia o, en su caso, justificar formas de intervención más intensas debido a las fallas que el mismo presenta, permitiendo que la autoridad reguladora llegue a adoptar decisiones que están en el núcleo del giro empresarial (zonas de mercado, precios, costos, inversiones, etc.).

Por tal razón, bien señala Gaspar Ariño que “...cuando se habla de ‘regulación’ se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar. Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar de ‘policía administrativa’, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada regulación económica: esta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al *quantum* de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste”<sup>11</sup>.

En definitiva, el Derecho regulatorio protege al mercado que se da en condiciones de competencia, busca crear las condiciones para desarrollar el mercado y regula los mercados que presentan fallas. Como bien dice el mismo autor, “la regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando este funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren, y el Estado

<sup>11</sup> Ariño (nota 6), p. 588.

lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y –en algunos mercados asimétricos– proteger al consumidor”<sup>12</sup>.

De esta forma, ante las fallas de mercado (monopolios naturales, información asimétrica, externalidades, etc.) se desarrollan las técnicas de intervención que conforman el Derecho regulatorio, dando lugar a lo que denominamos mercados regulados. En definitiva, no cualquier regulación determina que un mercado tenga esta condición, pues se requiere la existencia de un supuesto previo (fallas del mismo) y de una intervención más intensa por parte de los órganos administrativos en la gestión empresarial. En este caso podemos hablar de mercados regulados.

### III. PAUTAS Y PARÁMETROS QUE LEGITIMAN LA ACTIVIDAD REGULATORIA

Bajo la premisa que la actividad regulatoria del Estado supone “fallas de mercado”, su legitimación se encuentra justamente en aquello. Esta es la visión que se destaca por los economistas y que hacen suya los juristas a partir de determinados parámetros normativos<sup>13</sup>. A su vez, el nivel y la intensidad de la regulación estará determinada por un fin preciso: incrementar la eficiencia con que la economía funciona, teniendo presente los resultados de un mercado perfectamente competitivo.

Al efecto, la doctrina tiende a formular algunos parámetros conforme al cual se puede emitir un juicio respecto de la calidad de esta regulación. Sin embargo, estos no responden necesariamente al fin que se persigue con las técnicas de intervención y la actividad regulatoria, sino que apuntan fundamentalmente a elementos que permiten dar seguridad y pautas objetivas de acción a los particulares por parte de los órganos reguladores. Así se ha mencionado el principio de reserva legal, el debido proceso, los controles y contrapesos, el conocimiento técnico, y la eficiencia y eficacia en el actuar<sup>14</sup>.

Si se analiza cada uno de estos parámetros formulados desde la perspectiva del Derecho regulatorio propio del modelo anglosajón, se puede apreciar una mayor cercanía respecto de los principios y normas que rigen la actividad económica en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, nuestra Constitución y su interpretación más extendida establece un marco básico en donde la libre iniciativa empresarial, la descentralización de las decisiones económicas y un régimen de bienes centrado en la propiedad, colocan al mercado en una posición bastante cómoda para la materialización de estos principios.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Breyer, S.G., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems text and cases*, Nueva York, Aspen, 1999, p. 5. En el mismo sentido, se puede ver el excelente trabajo de García, J.F., “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, 2009, pp. 327-372, en particular pp. 333-337.

<sup>14</sup> Baldwin, R.; Cave, M. y Lodge, M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2 ed. Oxford University Press, New York, 2012, pp. 319-320. También se puede consultar Baldwin, R. y Mac Crudden, C., *Regulation and Public Law. Law and Context*, Weidenfeld an Nicolson, Londres, 1987, seguido en nuestro país por Romero, J.J. “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de legitimidad”, en AA.VV. *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 539-554, y García (nota 13), p. 340.

En primer término, para nuestra Carta fundamental el régimen general de los bienes es la propiedad (artículo 19 N° 23), es decir, estos se encuentran sujetos a un sistema en donde su uso, destino, utilización y disposición queda entregada, en principio, a la voluntad libérrima de su titular, por lo tanto, solo de forma excepcional un bien puede estar fuera del comercio humano. A su vez, respecto del régimen de las actividades, la regla general es que esta corresponde a los particulares y excepcionalmente al Estado, cuando expresamente sea facultado por una ley de cuórum calificado (artículo 19 N° 21). En este contexto, un sistema basado en la propiedad privada y una intervención excepcional del Estado como oferente de bienes y servicios, no hace sino del mercado y la libre competencia un espacio natural para garantizar el bien común. Sin embargo, las fallas que este pueda presentar permiten que los órganos públicos puedan intervenir “previa habilitación legal” y en virtud de las cláusulas generales que la propia Constitución establece: orden público, seguridad nacional, la moral, los intereses generales de la nación, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental (artículos 19 N°s 21 inc. 1° y 24 inc. 2°). A su vez, las medidas que adopten siempre son objeto de control judicial (artículos 19 N° 3 y 76), exigen de un racional y justo procedimiento previo (artículo 19 N° 3 inc. 5), y suponen un actuar eficiente y eficaz por parte de estas entidades (artículo 5º Ley N° 18.575), lo cual necesariamente exige un alto conocimiento técnico de las materias sometidas a su competencia.

Si a todo lo anterior se agregan los principios de subsidiariedad y servicialidad como pautas de interpretación y reglas de aplicación directa que reconocen nuestros operadores jurídicos, podemos llegar a una singular conclusión: los parámetros con que se justifica y enjuicia el Derecho regulatorio tienen en Chile la naturaleza de normas jurídicas que gozan de la mayor jerarquía. Así, la cuestión pasa por determinar si en los mercados regulados concretos estos parámetros-normas son realmente cumplidos. Para tal efecto, nuestro análisis se centrará en el caso particular de las sanciones administrativas.

#### IV. LA SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL MARCO DEL DERECHO REGULATORIO

Es común que existan voces que protesten ante el intervencionismo de los órganos administrativos, especialmente frente a la existencia de normas que, con las más diversas denominaciones, regulan hasta el más mínimo detalle de actividades que son bastante cotidianas: decretos supremos, reglamentos, resoluciones, circulares, instructivos, compendios, etc. Sin perjuicio de que se pueda discutir la validez de muchas de estas normas, lo cierto es que desde la perspectiva del Derecho regulatorio su justificación, en principio, se encuentra en una necesidad evidente: los consumidores no cuentan con la capacidad y los medios para determinar la calidad de los productos y servicios que se les ofrecen, y el mercado tampoco puede imponer tales condiciones. En este caso, se justifica una intervención bajo lo que se conoce como medidas de policía u ordenación, que como su nombre lo indica, tienen por objeto ordenar o disciplinar determinadas actividades por razones de orden público, ya sean estas medioambientales, de salubridad,

urbanísticas, etc. En este caso, no estamos frente a medidas que sean incompatibles con el mercado, sino que este marco regulatorio forma parte de las condiciones que se exigen para operar en dicho mercado por razones de interés público. Así, para que pueda operar un establecimiento se requiere de diversas autorizaciones administrativas (sanitarias, urbanísticas e incluso de naturaleza tributaria), pero una vez que comienza a funcionar se regirá por la mismas condiciones de mercado a las cuales se encuentran sujetos sus pares. Más aún, en la medida que es un oferente en dicho mercado, deberá sujetarse a las reglas de la libre competencia, pues en caso contrario el órgano regulador competente deberá adoptar las medidas para salvaguardar dicha competencia y sancionar a aquellos que han cometido algún ilícito monopólico, como la experiencia reciente lo ha demostrado<sup>15</sup>. Esto permite comprobar que la actividad de policía de la Administración no es incompatible con el mercado.

En el otro extremo se encuentran las actividades en donde la regulación llega al extremo de determinar el núcleo duro de decisiones empresariales, como los costos, precios, inversiones, infraestructura, procesos, etc., especialmente en aquellos casos en donde existe un monopolio natural, como sucede con los servicios de agua potable y alcantarillado, o en donde hay fallas de mercado, como sucedía con la telefonía local.

Entre uno y otro extremo, nos encontramos con sectores en donde opera el mercado, pero que debido al interés público comprometido en ellos y la necesidad de dar resguardo o garantías a aquellos que participan en el mismo, particularmente los consumidores o usuarios, se han establecido mecanismos de intervención no solo externos, sino que afectan también las decisiones del negocio, no llegando al punto de fijar los precios o determinar las inversiones. Así sucede, por ejemplo, con los bancos y el sistema financiero en general, así como el mercado de valores.

La intensidad de la intervención varía de uno a otro nivel, sin embargo, las técnicas no cambian sustancialmente: existe un órgano regulador con capacidad normativa en el respectivo sector y, además, con la facultad de sancionar las eventuales infracciones. Bien ha dicho Alejandro Nieto que “si el régimen sancionador es una mera e inevitable consecuencia del régimen de intervención, habrá que empezar a preguntarse primero hasta dónde debe llegar esta, puesto que a menos intervenciones, menos sanciones”<sup>16</sup>.

En definitiva, es consustancial al Derecho regulatorio la existencia de este tipo sanciones como consecuencia de la administrativización de un sector económico o de determinadas actividades, ya sea que la intervención sea de una mayor o menor intensidad. Como hemos tenido ocasión de señalar, en muchas ocasiones es necesaria una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función a través de sus órganos administrativos,

<sup>15</sup> Esto fue lo que sucedió en el denominado “Caso Farmacias”, en donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda, condenaron a tres cadenas farmacéuticas por colusión en el año 2012. Véase Sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012.

<sup>16</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4<sup>a</sup> ed. Madrid, Temis, 2011, p. 33.

dejando para una segunda fase el control jurisdiccional, que es lo que sucede con el Derecho regulatorio<sup>17</sup>.

Sin embargo, si esas sanciones se enmarcan dentro de los instrumentos que integran las formas de intervención de la autoridad en determinados mercados o actividades, su legitimación ha de encontrarse justamente en los fines que la justifican. En efecto, aun cuando la posibilidad de que una determinada conducta sea sancionada por la vía administrativa o judicial y sea una cuestión de política legislativa, cuya determinación queda entregada, en principio, al juicio de mérito que al respecto realice el legislador, se ha reconocido por parte del Tribunal Constitucional que este se encuentra sujeto a importantes limitaciones<sup>18</sup>, entre las cuales destaca el principio de proporcionalidad, el cual pone el acento en la intensidad de la limitación que se impone a un derecho fundamental y el objetivo constitucional válido que se busca perseguir: “una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”<sup>19</sup>. A su vez, no debemos olvidar que en el ámbito de las actividades económicas nuestra Constitución no solo consagra principios sino que también garantiza derechos, como la libertad de trabajo, la libre contratación, el desarrollo de cualquier actividad económica lícita, el acceso a la propiedad y la protección de la propiedad ya adquirida, etc., todos los cuales están bajo la posibilidad de ser objeto de afectación por los poderes punitivos que el legislador le entrega a los órganos administrativos. He aquí, por tanto, la importancia de esta limitación.

## V. EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA REPRESIVA EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO Y SU RACIONALIZACIÓN

La implementación de una política represiva reconoce, como primer paso, la tipificación de las conductas ilícitas que se van a punir o castigar y, como correlato, la sanción que se aplicará. Esta función está entregada al legislador por mandato expreso de la propia Constitución, sin perjuicio de la colaboración que le corresponde en estas materias al reglamento<sup>20</sup>.

En esta materia el legislador goza de una amplia discrecionalidad. De hecho, a él le corresponde determinar si una determinada conducta puede ser o no considerada como

<sup>17</sup> Cordero, E. y Aldunate, E. “Bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, 2012, pp. 354-355.

<sup>18</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “... no debe desconocerse la circunstancia de que, aunque *se trata de una cuestión de mérito que debe resolver el legislador*, se ha cuestionado la circunstancia que sea la propia administración la que conozca de materias sancionatorias”. Cfr. Considerando 28º, Sentencia Rol N°725, de 2008.

<sup>19</sup> La aplicación del principio de proporcionalidad aparece aplicado en general en las Sentencias Rol N°s 226, considerando 47º; 280, considerando 21º; y 519, considerando 19º. En relación con las sanciones administrativas en particular, se puede ver la Sentencia Rol N° 1.518, considerando 14º.

<sup>20</sup> Véase Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s 479 y 480, de 2007.

un ilícito; si va a ser sancionada por la vía administrativa o judicial; cuál será la sanción aplicable y, en su caso, los criterios que se deben seguir en su aplicación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar –como hemos tenido ocasión de ver– que en esta labor existen algunos límites, como ocurre con la aplicación del principio de proporcionalidad y la interdicción en sede administrativa de sanciones que contengan penas privativas de libertad<sup>21</sup>.

En este sentido, los criterios de razonabilidad y eficacia en la implementación de una política punitiva por parte del legislador no solo constituyen pautas de acción política, sino que se elevan al nivel de principios que permiten enjuiciar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y, por tanto, su constitucionalidad.

Al efecto se han formulado algunos criterios que parece de interés tener presente al momento de implementar una política represiva por la vía de sanciones administrativas<sup>22</sup>, que en este caso vincularemos con los mercados regulados:

- a) La aplicación del principio de subsidiariedad propio del Derecho penal, también debe extenderse al ámbito de las sanciones administrativas. No olvidemos que estas constituyen un instrumento de intervención que se justifica a partir de las medidas que se adoptan para superar las fallas de mercado, por lo tanto, su finalidad es la eficiencia económica y el buen servicio para los ciudadanos. En tal sentido, si dicho objetivo puede ser alcanzado mediante otros instrumentos o medios (vgr. subsidios, exenciones tributarias, régimen jurídico más favorable, etc.), se ha de preferir aquellos, ya que la sanción administrativa solo debe operar como *ultima ratio*.
- b) La relación que debe existir entre la gravedad de la conducta constitutiva de infracción y la correspondiente sanción también se encuentra enmarcada en la regla de proporcionalidad. Partiendo de la base que la determinación de los bienes jurídicos protegidos y las conductas punibles es una decisión entregada al legislador, esta no puede transformarse en una medida injusta en relación con la sanción que se debe aplicar.
- c) La tipificación de las conductas y la determinación de las sanciones por el legislador exigen como condición de validez la posibilidad real de ser cumplida por los destinatarios. En este caso cabe simplemente recordar el viejo aforismo *Ad impossibilia nemo tenetur*, es decir, nadie está obligado a realizar lo imposible. Como bien señala Alejandro Nieto, estas sanciones no deben ser impuestas cuando se sabe de antemano que no pueden ser cumplidas, ya que el mercado o la situación económica o el nivel tecnológico o cultural no las consiente<sup>23</sup>.
- d) Desde la perspectiva de la Administración también se puede hacer el planteamiento inverso, esto es, no pueden establecerse más sanciones de las que realmente los

<sup>21</sup> Cordero, E., “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 25, N° 2, 2012, pp. 131-157.

<sup>22</sup> En esta materia seguimos a Nieto (nota 16), pp. 33-36, con algunos matices.

<sup>23</sup> Nieto (nota 16), p. 34.

órganos administrativos pueden controlar y aplicar de forma efectiva. En caso contrario, aquellas se transforman en la práctica en una herramienta entregada a la arbitrariedad de la Administración y –por qué no decirlo– de los propios funcionarios. A lo anterior se suma el hecho de que no se vincula el medio utilizado con la posibilidad real de cumplir con la finalidad para la cual fue establecido. Hay que evitar lo que bien señala Nieto: “El legislador sabe que sus normas son inútiles; pero sabe también que con ellas tranquiliza la conciencia social y cumple sus compromisos políticos”<sup>24</sup>. Aquello no solo es caer en la peor demagogia, sino que deja abierta las puertas a la arbitrariedad más extrema.

## VI. EL ESTÁNDAR EXIGIDO PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

En la medida que los mercados regulados suponen la existencia de sanciones administrativas, cabe preguntarse por los estándares que se han de exigir al momento de establecerlas, bajo la premisa básica de que constituyen una herramienta dentro de la variedad de técnicas de intervención que se justifican a partir de las fallas de mercado. Algunos de estos criterios han sido aportados por autores anglosajones, particularmente ingleses, como es el caso de Robert Baldwin<sup>25</sup>, siendo seguidos por autores nacionales como Juan José Romero<sup>26</sup> y José Francisco García<sup>27</sup>. Hay que tener presente que el fundamento de estos no se expresa en razones estrictamente jurídicas, sino sobre la base de elementos de legitimidad o conveniencia, en tanto que conforman criterios o parámetros para hacer una evaluación de la regulación. En definitiva, estos autores plantean la cuestión a partir de la necesidad de encontrar la justificación de un determinado sistema regulatorio. Sin embargo, como en alguna medida lo ha esbozado García<sup>28</sup>, estos criterios se pueden vincular con los principios, normas, derechos y libertades que establece nuestra Constitución y que le dan a esta valoración un contenido más jurídico. Desde esta perspectiva, la formulación de estos criterios no solo miran al cumplimiento de una norma técnica o de calidad, sino que en nuestro sistema se traducen en normas que se deben cumplir.

### a) *El mandato legislativo* (The legislative mandate)

Este criterio descansa en dos ideas básicas. Por una parte, la ley debe ser expresión de la voluntad de la comunidad a través del Parlamento (legitimidad democrática) y, por otra, la ley debe entregar certeza y seguridad respecto de las prescripciones y pautas de conductas.

<sup>24</sup> Nieto (nota 16), p. 38.

<sup>25</sup> Baldwin, *Understanding Regulation...* (nota 14).

<sup>26</sup> Romero (nota 14).

<sup>27</sup> García (nota 13).

<sup>28</sup> *Ídem*, p. 332.

En este sentido, el modelo ideal es que a los órganos administrativos solo les corresponda aplicar la ley casi de forma mecánica, en una suerte de “correa de transmisión” de lo previsto por ella<sup>29</sup>. Para tal efecto, resulta necesario que las prescripciones normativas previstas en la ley sean precisas y específicas, lo cual permite dar la seguridad y certeza necesaria a los destinatarios de dichas normas.

Sin embargo, es evidente que dicho modelo resulta prácticamente imposible de aplicar. Muchas veces el legislador se encuentra en la imposibilidad de regular con todo detalle una realidad que se presenta mucho más compleja, producto del avance tecnológico, el desarrollo de los mercados, las nuevas formas y procesos de producción, etc. Por tal razón, se debe recurrir a la utilización de términos amplios y generales (vgr. utilidad pública, interés general, buena fe, orden público, etc.), comprendidos bajo la expresión de “conceptos jurídicos indeterminados”. A lo anterior se agrega el hecho de que en muchas ocasiones el legislador entrega a la discreción de los órganos administrativos la determinación de algunos aspectos, como la oportunidad para actuar, el cómo hacerlo y el qué decidir a este respecto, es decir, el ejercicio de sus facultades no está regulado por la ley en todos sus extremos y su ejercicio efectivo queda entregado a la voluntad de los órganos administrativos. En definitiva, se atribuyen potestades discrecionales que claramente se alejan del ideal de precisión y certeza que se demanda del legislador.

En materia de sanciones administrativas esta cuestión adquiere una connotación especial, a partir de la concurrencia de los principios de legalidad, reserva legal y de tipicidad. En efecto, la legalidad constituye uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho público y, por tanto, del Derecho administrativo, como lo confirma nuestra Constitución en sus artículos 6º y 7º, y el artículo 2º de La Ley N° 18.575. Por tal razón, todo órgano del Estado –incluyendo a los órganos administrativos–, solo puede ejercer las atribuciones que expresamente le atribuye la Constitución y las leyes, dentro de las cuales se encuentra la potestad sancionadora<sup>30</sup>.

Por su parte, si se analiza desde la perspectiva de los particulares, cualquier medida que afecte su esfera jurídica y los derechos que le reconoce nuestra Constitución, requiere de una expresa habilitación legal, dentro de los cuales se encuentran los derechos y libertades económicas. Esto se traduce en la garantía normativa de reserva legal<sup>31</sup>, reconocida en nuestra Constitución y por la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional<sup>32</sup>. Además, todo lo anterior se encuentra reforzado con la regla *nullum crimen sine lege prævia*, que nuestra Constitución consagra en artículo 19 N° 3, inciso 7.

<sup>29</sup> Baldwin, *Regulation...* (nota 13), pp. 42-43.

<sup>30</sup> Así también lo entiende el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 480, de 2007, considerandos 4º y 5º.

<sup>31</sup> Véase Cordero, E. “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 32, 2009, pp. 409-440 y del mismo autor “Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional”, en AA.VV. *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Pùblico*. T. III, Valparaíso, Edeval, 2000, pp. 100-120.

<sup>32</sup> Entre otras, se pueden consultar las Sentencias Roles N° 146, de 1992, y 167, de 1993, ambos sobre la regulación de la publicidad caminera; 185, de 1994, sobre la ley de bases del medio ambiente; 220, de 1995, sobre trasplantes de órganos; y 245, de 1996, sobre acceso a las playas públicas.

De esta forma, se llega a la conclusión más evidente: las infracciones administrativas y sus sanciones correlativas solo pueden ser establecidas por ley.

Sin embargo, un problema constante en esta materia lo constituye la intervención del reglamento en materias de reserva legal, particularmente en la configuración de los ilícitos administrativos. En un comienzo, nuestro Tribunal Constitucional en esta materia mantuvo su criterio general, sosteniendo una reserva legal absoluta y proscribiendo tales intervenciones<sup>33</sup>. Así, señaló que respecto de la tipificación de las infracciones administrativas ...*la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política*<sup>34</sup>. Este criterio cambió a partir del año 1997<sup>35</sup>, aunque solo el año 2006 se aplica respecto de las sanciones administrativas<sup>36</sup>. En principio, para el Tribunal toda norma sancionadora debe estar contenida en preceptos legales (deberes de conducta, atribución de potestad a la Administración y sanción)<sup>37</sup>. Sin embargo, el hecho de que una determinada materia esté regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia<sup>38</sup>. Por lo tanto, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que solo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones<sup>39</sup>. Además, recurre a un argumento histórico, pues el inciso final del artículo 19º de la Constitución exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno,

<sup>33</sup> *Ídem*.

<sup>34</sup> Sentencia Rol N° 244, de 1996, considerando 12º.

<sup>35</sup> Véase Sentencias Rol N°s 253 y 254, de 1997; y 370, de 2003. A este respecto, el Tribunal sostuvo: ...*la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar solo las bases, criterios o parámetros generales que encuadren el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor* (Sentencia Rol N° 254, de 1997, considerando 26º).

<sup>36</sup> Sentencias Rol N°s 479 y 480, de 2007.

<sup>37</sup> *Ídem*, considerando 12º.

<sup>38</sup> *Ídem*, considerando 13º.

<sup>39</sup> *Ídem*, considerando 15º.

lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable<sup>40</sup>.

Por último, como corolario de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que en el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, pero no lo está la autónoma, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones<sup>41</sup>.

A pesar de todos los resguardos adoptados y del cuidado que ha tenido el Tribunal Constitucional para abrir las puertas de la reserva legal, la realidad nos muestra una situación lamentable, pues buena parte de los deberes que se imponen a los particulares se encuentran en normas administrativas (reglamentos, circulares, instrucciones, oficios, etc.) con una mínima vinculación a la ley, las que muchas veces utiliza fórmulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa.

En definitiva, el *legislative mandate* se materializa en nuestro ordenamiento en el principio de legalidad, que abarca la actuación de los órganos administrativos y la protección de la garantía normativa de reserva de ley, y se concreta en la atribución de la potestad sancionadora y en la determinación de las sanciones, aunque plantea serios problemas al momento de regular las conductas constitutivas de infracciones administrativas, por la creciente intervención de las normas administrativas en la configuración de los actos punibles bajo la forma de deberes administrativos, afectando la garantía de certeza y seguridad jurídica por parte de los destinatario de la norma.

Por su parte, estrechamente vinculado con el principio de legalidad se encuentra el principio de tipicidad, que reclama, en palabras del Tribunal constitucional ...*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*<sup>42</sup>. Este principio está expresamente reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, el cual resulta también aplicable a las infracciones administrativas.

En materia administrativa el gran problema de la tipicidad sigue siendo el nivel de densidad normativa que se le exige al legislador al determinar las conductas constitutivas de infracción<sup>43</sup>. Además, a lo anterior se agrega la indeterminación y ambigüedad en la descripción de estos tipos. Así, nos encontramos con casos extremos, en donde la

<sup>40</sup> *Ídem*, considerando 17º.

<sup>41</sup> *Ídem*, considerando 18º.

<sup>42</sup> Sentencia Rol N° 244, de 1996, considerando 10º.

<sup>43</sup> Este es un problema tradicional en el ámbito del Derecho penal y se plantea a propósito de las denominadas leyes penales en blanco, en especial aquellas cuyos tipos deben ser complementados por normas reglamentarias, práctica bastante habitual en el ámbito administrativo. Véase Rodríguez, L. "Constitucionalidad de las leyes penales en blanco", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1987, pp. 231-245; y Yáñez, S., "Las leyes penales en blanco", en *Gaceta Jurídica*, N° 58, 1985, p. 2 y ss.

remisión realizada por la ley constituye una mera excusa para que por la vía administrativa se determinen las conductas constitutivas de infracción. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el Código Sanitario, que tipifica la siguiente infracción administrativa en su artículo 174: *La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original.* Por su parte, el mismo Código contiene una larga lista de materias que se han entregado directamente a la regulación reglamentaria, la que comprende –en definitiva– la descripción de los deberes y, por tanto, de las conductas que eventualmente serían constitutivas de infracción administrativa<sup>44</sup>. A lo anterior se agrega que, en muchas ocasiones, el legislador tipifica las conductas de forma genérica y residual, estableciendo como infracción administrativa cualquier otro incumplimiento no sancionado en normas especiales, como sucede en materia tributaria<sup>45</sup> y aduanera<sup>46</sup>. Esto tampoco responde al estándar que exige el criterio del mandato legal.

b) *Procedimiento justo y racional (Due process)*

La adopción de decisiones por parte de los órganos reguladores exige un procedimiento previo que debe garantizar el respeto de los derechos de las personas –particularmente de los destinatarios de la acción administrativa–, la imparcialidad del regulador, la razonabilidad de las determinaciones que se van a adoptar, así como la publicidad y libre acceso de los interesados. Este criterio está vinculado en alguna medida con el concepto amplio de *accountability*, aunque su propósito central es garantizar la legitimidad del

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, dispone que *un reglamento determinará las enfermedades transmisibles que deben ser comunicadas obligatoriamente a las autoridades sanitarias, así como la forma y condiciones de la notificación* (artículo 21); *un reglamento especial fijará los requisitos sanitarios que deben cumplir los ferrocarriles, naves, aeronaves o cualquier otro medio de transporte terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, que pudiera diseminar enfermedades en el territorio de la República* (artículo 35); *un Reglamento determinará las profesiones u ocupaciones que no podrán desempeñar los pacientes o portadores de gérmenes de enfermedades transmisibles* (artículo 37); *un reglamento establecerá la forma y condiciones en que deba realizarse la educación sexual y antivenérea en los establecimientos educacionales, cuarteles, naves, maestranzas, fábricas, talleres, hospitales, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos que fije el reglamento; y las condiciones en que se podrá examinar, obligar a tratarse o internar para su curación a las personas que se dediquen al comercio sexual y a las que estén afectadas de males venéreos que constituyan una amenaza para la salud pública* (artículo 39).

<sup>45</sup> El artículo 109 del Código Tributario establece que *Toda infracción de las normas tributarias que no tenga señalada una sanción específica, será sancionada con multa no inferior a un uno por ciento ni superior a un cien por ciento de una unidad tributaria anual, o hasta del triple del impuesto eludido si la contravención tiene como consecuencia la evasión del impuesto.*

<sup>46</sup> El artículo 176 ñ) de la Ordenanza de Aduanas dispone que *Las infracciones de cualquiera disposición de la presente Ordenanza, reglamento o instrucciones dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas, que tengan por objeto una medida de orden, fiscalización o policía de Aduana, con una multa de hasta 5 Unidades Tributarias Mensuales. Las normas a que alude la presente disposición deberán publicarse en el Diario Oficial.*

procedimiento administrativo y, por tanto, de las determinaciones que se adopten en él, aun cuando puedan ser objeto de un control posterior.

En el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores el *due process* ha adquirido una importancia capital en Chile a partir de la jurisprudencia constitucional y la legislación. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que las garantías de un racional y justo procedimiento (artículo 19 N° 3 Constitución) se aplican no solo en el ámbito judicial, sino que también es una condición que se debe exigir en el marco del procedimiento administrativo<sup>47</sup>. Además, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 ha permitido contar no solo con un procedimiento administrativo general, sino también con un conjunto de principios que inciden directamente en los procedimientos administrativos sancionadores, como los principios de imparcialidad, abstención, contradicción, etc. Por su parte, según nuestra legislación, toda decisión formal de la Administración ha de ser fundada, es decir, debe expresar los motivos de hecho y de derecho que le sirven de fundamento<sup>48</sup> y en estos procedimientos pueden intervenir no solo los titulares de derechos, sino también los titulares de intereses individuales o colectivos<sup>49</sup>, bajo una regla amplia de publicidad y de acceso a la información<sup>50</sup>, así como de impugnabilidad de tales actos<sup>51</sup>.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios que son muy relevantes. En primer término, ha sostenido que toda sanción administrativa exige un procedimiento administrativo previo, razón por la cual no es admisible aplicarla

<sup>47</sup> Así, entre otras, en la sentencia Rol N° 437, de 2005, sostuvo que *en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales*. Además, estos *rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional* (considerando 17º). En la sentencia Rol N° 616, de 2007, declara que la garantía del debido proceso se encuentran establecidas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, independiente del órgano que la ejerza. De suerte tal, que no solo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones jurídicas que afecten a las personas y sus bienes (considerando 18º). En el mismo sentido, la sentencia Rol N° 808, de 2008, afirma que tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo (considerando 7º).

<sup>48</sup> Artículo 44 de la Ley N° 19.880.

<sup>49</sup> Artículo 21 de la misma ley.

<sup>50</sup> Artículo 16 de la misma ley, relacionada con el artículo 8º de la Constitución y con la Ley N° 20.285.

<sup>51</sup> Artículo 15 de la Ley N° 19.880.

“de plano”<sup>52</sup>, aun cuando exista un control judicial posterior<sup>53</sup>. En segundo lugar, nos ha señalado que el procedimiento administrativo debe estar regulado por la ley, lo cual no impide la colaboración reglamentaria. Así, constituye un deber del legislador establecer este procedimiento a la luz de las exigencias constitucionales<sup>54</sup>, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880<sup>55</sup>, como de la aplicación directa de las normas constitucionales que rigen a este respecto (artículo 19 N° 13 vinculado con el artículo 6º). En tercer término, también afirma que el derecho a la defensa jurídica constituye una exigencia constitucional dentro del procedimiento sancionador<sup>56</sup>. Por último, en estos

<sup>52</sup> En este sentido, en sentencia Rol N° 747, de 2007, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que *aun cuando se trate de un “resolver de plano” con las características antes indicadas, esta Magistratura concluye que resultaría contrario a un procedimiento racional y justo que la Corte de Apelaciones proceda de este modo, sin relación pública ni escuchar ella misma a la parte afectada al decidir los cargos que se formulan en contra de la requirente, pues lo que debe decidir en la gestión pendiente es una cuestión trascendente, no solo para derechos esenciales de la requirente, sino también y especialmente delicada para la independencia de la que debe gozar un secretario cuando, obrando como juez subrogante, dicta una sentencia definitiva* (considerando 11º). En el mismo sentido, la Sentencia Rol N° 1.413, de 2010, rechaza el hecho de que *en ninguna de ellas [las disposiciones contenidas en la Ley N° 18.175, “Ley de Quiebras”], se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen* (considerando 26º).

<sup>53</sup> En sentencia Rol N°376, de 2003, sostuvo que *...el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles. No es, en consecuencia, suficiente permitir accionar ante el Tribunal Calificador de Elecciones para entender que, por esa sola circunstancia, se ha convalidado* (considerando 37º). En el mismo sentido, la sentencia Rol N° 389, de 2003, que señala: *... no obsta a lo anteriormente expuesto, el que el propio artículo 8º, en su inciso tercero, señale que el afectado puede deducir recurso de reposición ante el Director de la Unidad y que, en caso que dicho recurso sea denegado, tiene la facultad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva. Ello no altera la inconstitucionalidad de las normas en estudio, en atención a que no subsana el hecho de que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19, N° 3º, inciso segundo, en armonía con el inciso primero del mismo precepto de la Carta Fundamental, le reconocen. Este derecho a defendérse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles* (considerando 36º). Sobre esta materia se puede consultar el trabajo de Aguerrea Mella, P., “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 76-77.

<sup>54</sup> *Ídem*, considerando 23º.

<sup>55</sup> En sentencia Rol N° 771, de 2007, sostuvo que *no es necesario, sin embargo, que sea la propia ley que contemple una nueva actuación de la Administración la que regule de modo completo el procedimiento a seguir, puesto que, existiendo una ley que se aplica con carácter supletorio, cual es la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, los vacíos que contenga la legislación especial en materia de procedimiento se cubren por las disposiciones de la legislación general que se aplica supletoriamente, satisfaciéndose de esta manera las exigencias de racionalidad y justicia a las que todo órgano administrativo debe ajustarse en sus actuaciones* (considerando 16º). Posteriormente lo ha confirmado también en sentencia Rol N° 1.413, de 2010, que tal norma legal contempla un verdadero “devido proceso administrativo” que tiene aplicación supletoria en los procedimientos administrativos sancionadores (considerando 27º).

<sup>56</sup> En la sentencia Rol N°376, de 2003, sostiene que el artículo 19 N° 3 consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defendérse de los cargos que le formule la autoridad administrativa (considerando 30º). Por lo demás, el derecho a la defensa jurídica

procedimientos se debe presumir la inocencia del particular y/o funcionario imputado, siendo de cargo de la Administración probar lo contrario.

En definitiva, en materia de procedimientos sancionadores contamos con un estándar bastante alto en cuanto a principios y normas que lo rigen. Sin embargo, no se puede negar que en esta materia muchas veces las deficiencias son de carácter más fáctico que normativo, ya que la aplicación de estas disposiciones por parte de los órganos administrativos es bastante débil y dista mucho de lo que establece nuestro ordenamiento jurídico.

c) *Control y contrapesos (Accountability)*

La expresión *accountability* no es un concepto que se pueda definir con precisión, más aun cuando se sostiene que todavía está en construcción. Habitualmente se utiliza en el sentido “de dar cuenta” o de “responder” en la gestión pública, siendo sus principales instrumentos el deber de informar y de transparentar las actuaciones de los órganos públicos, razón por la cual también se utiliza como un símil del control en sentido amplio respecto de los actos de los órganos regulatorios, que incluyen no solo una dimensión jurídica, sino también social y política. Su principal finalidad es garantizar la legitimidad y la credibilidad en las actuaciones de los órganos públicos, de ahí que su alcance sea mucho más amplio que el estrictamente jurídico.

En relación con los órganos reguladores, el *accountability* responde a la pregunta de quién controla al controlador, a partir de cierto estándar que se exige en la gestión de los asuntos públicos, particularmente de las medidas y técnicas de intervención que estas entidades utilizan.

A este respecto, en Chile contamos con una legislación general vinculada a la probidad, la publicidad y la transparencia en la actuación de los órganos públicos, así como la exigencia de fundamentación y/o motivación de los actos, y de participación ciudadana en la gestión pública, que va orientado a cumplir con los estándares internacionales de *accountability*<sup>57</sup>. Esto es sin perjuicio de la existencia de controles jurídicos *strictu sensu* existentes a nivel administrativo y judicial, a lo cuales tienen acceso los particulares, a través de órganos que velan por el cumplimiento efectivo de estos deberes. Así, contamos

---

debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles (considerando 37º).

<sup>57</sup> En esta materia se encuentra, entre otras, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que expresamente consagra los principios de probidad y de transparencia y publicidad, destinando el Título III (artículos 52 y ss.) al primero de estos aspectos, en donde se contienen una serie de mecanismos preventivos (declaración de intereses y de patrimonio), como represivos (inhabilidades, incompatibilidades y sanciones). El año 2010 se incorporó a través de la Ley N° 20.500 un nuevo Título IV *De la participación ciudadana en la gestión pública*. Además, esta se encuentra en la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, que también impone deberes bastante estrictos de publicidad y transparencia activa y pasiva, creando al efecto el Consejo para la Transparencia, que debe fiscalizar su cumplimiento. A lo anterior se agrega la Ley N° 19.880, que también establece los principios de publicidad y transparencia, además de contener normas sobre imparcialidad, abstención, derechos de los interesados y fundamentación de los actos administrativos.

con el Consejo para la Transparencia creado en el año 2008 por la Ley N° 20.285, además de la Contraloría General de la República de 1927 y los Tribunales de Justicia. Nos vamos a referir brevemente a estos dos últimos.

En el caso de la Contraloría, la Constitución le entrega, entre otras funciones, la de velar por la legalidad de los actos de los órganos que integran la Administración del Estado<sup>58</sup>, la cual cumple a través de diversos mecanismos, como es el trámite de toma de razón<sup>59</sup>, la facultad dictaminadora<sup>60</sup> y la facultad de instruir procedimientos disciplinarios, entre otros<sup>61</sup>. En todos estos casos esta entidad ha hecho una estricta aplicación de estas normas, preocupándose particularmente del tema de las sanciones administrativas, determinando su naturaleza, los principios a los cuales se encuentra sometida, los plazos de prescripción que resultan aplicables, etc.<sup>62</sup> Sin embargo, tampoco se puede negar que en no pocos casos la Contraloría ha tenido cierta deferencia con los órganos reguladores, considerando su especialidad y experiencia, absteniéndose de intervenir o estando a la interpretación que estas entidades realizan.

El control judicial ha sido objeto de una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, la impugnabilidad de los actos administrativos constituye un principio reconocido en nuestra legislación<sup>63</sup>, en la medida que es una aplicación de los principios más amplios de tutela judicial efectiva y control judicial de la Administración<sup>64</sup>. Desde un punto de vista objetivo, la tutela judicial se traduce en la existencia de un poder jurisdiccional llamado a ejercer el control de los actos de los órganos que integran la Administración del Estado. Desde una perspectiva subjetiva, la tutela judicial se traduce en un derecho fundamental: el derecho de acceso a la justicia, el cual debe ser respetado en su esencia por todos los órganos del Estado, incluido el poder legislativo. En este último caso, este respeto/deber se traduce en que la ley no puede establecer condiciones que afecten el libre ejercicio de este derecho, afectando su contenido esencial (artículo 19 N° 26).

Una aplicación de estos principios ha sido la reiterada jurisprudencia constitucional en relación con la figura del *solve et repete*. Esta es una institución de naturaleza procesal propia de la impugnabilidad de las sanciones administrativas, específicamente de las multas. En este caso, por diversas razones –ya sea por oportunidad en la aplicación de las sanciones, la excesiva dilación de los procesos judiciales, etc.– el legislador condiciona la impugnación judicial de las multas administrativas al pago previo de la misma, ya

<sup>58</sup> Artículo 98 de la Constitución.

<sup>59</sup> Artículos 99 de la Constitución y 10° de la Ley N° 10.336.

<sup>60</sup> Artículos 6° y 19 de la Ley N° 10.336.

<sup>61</sup> Artículo 131 y ss. de la Ley N° 10.336

<sup>62</sup> Entre otros, véase los dictámenes N°os 14.571, de 2005; 63.697, de 2011; 39.990, de 2012; y 68.012, de 2012. Sobre esta materia también se puede consultar nuestro trabajo Cordero E., "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración del Estado en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2013, en imprenta.

<sup>63</sup> Artículos 8° de la Ley N° 18.575 y 15 de la Ley N° 19.880.

<sup>64</sup> Artículos 19 N° 3; 38 inciso 2° y 73 de la Constitución.

sea de forma total o parcial. La dudosa constitucionalidad de la norma<sup>65</sup> y una fundamentada crítica por parte de la doctrina<sup>66</sup>, terminó con un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional en donde se reconoce como derecho fundamental el derecho de acceso a la justicia<sup>67</sup> y se declara la inconstitucionalidad en diversos casos en que nuestro legislador consagraba el *solve et repete*<sup>68</sup>.

En resumen, debemos señalar que el *accountability* es un criterio que reconoce un alto nivel de cumplimiento en nuestro país, como consecuencia de la existencia de una legislación general bastante acabada en estas materias y por la concurrencia de órganos administrativos y judiciales que velan por su cumplimiento efectivo. Sin embargo, tampoco se puede negar, como ocurre también en los ordenamientos comparados, la existencia de cierta deferencia por parte de estas entidades de control respecto de los órganos reguladores, lo cual limita el control e impugnabilidad efectiva de dichos actos<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> En varios casos el Tribunal Constitucional validó esta institución, aunque planteando algunas dudas. Véase Sentencias Roles N°s 92, de 1990; 287, de 1999; 536, de 2007; y 546, de 2006.

<sup>66</sup> En este punto destacan los trabajos de Soto Kloss, E., "El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)", en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número especial, 1998, p. 273-278; "Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el estado constitucional del derecho", en *Ius publicum*, vol. 4, N° 6, 2001, p. 79-100; y "La impugnación de las sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el *solve et repete* y el Estado de Derecho", en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 97-117.

<sup>67</sup> En sentencia Rol N° 792, de 2008, el Tribunal Constitucional sostuvo que ...el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental no establece de forma expresa el derecho de las personas de acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, lo que obliga, en primer lugar, a determinar si tal derecho se encuentra o no incluido en el referido precepto constitucional. ... la pregunta antes formulada debe responderse afirmativamente, si se indaga en el sentido y alcance del numeral tercero del artículo 19. En efecto, si éste asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos –la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, al juez natural, al debido proceso y a los demás que contienen los tres incisos finales del precepto constitucional en análisis–, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional es un presupuesto necesario de todos ellos. Así, ¿qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso provista por el Estado, si antes no hubiese supuesto que quienes tienen derecho a la defensa detentan también el derecho a acceder al órgano jurisdiccional? De igual modo, el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho, implica, necesariamente, un derecho anterior, como es el de ser juzgado, y, para serlo, se requiere, necesariamente, acceder sin trabas excesivas al órgano jurisdiccional. Por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, esta protección comienza, necesariamente, por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe entenderse que el artículo 19, número 3, de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales (considerando 7º y 8º).

<sup>68</sup> Entre otras, véanse sentencias Roles N°s 792, 1.046, 946 y 968, todas de 2008, sobre requerimiento de inaplicabilidad. En sentencia Rol N° 1345, de 2009, se declaró la inconstitucionalidad de esta institución contenida en el artículo 171 del Código Sanitario.

<sup>69</sup> En todo caso se trata de una situación de hecho, que no ha sido elevada a nivel de principios, como ha sucedido con la conocida sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council", Inc., 467 U.S. 837 (1984), y que también se aprecia en Inglaterra. Véase Arancibia, J., "El control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico", en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, pp. 155-171.

d) *Conocimiento técnico* (Expertise)

La experiencia y el conocimiento técnico del órgano regulador constituye uno de los supuestos básicos en la creación de estas entidades, teniendo presente que su competencia material comprende determinados mercados o actividades que exigen de una elevada especialidad en su comprensión y, por tanto, en la forma de enfrentar la regulación y de ejercer las diversas formas de intervención. En definitiva, se aspira a que las decisiones de un órgano regulatorio garanticen una mayor calidad y la existencia de procedimientos razonables. Sin embargo, el tema va un poco más allá y se vincula a dos aspectos que son centrales en la regulación. En primer lugar, también se aspira a que estos órganos sean independientes o autónomos del gobierno, con el objeto de desplazar el factor político por un mayor componente técnico en las decisiones. En segundo término, también se traduce en un mayor espacio de libertad que tendría el regulador al momento de adoptar sus decisiones, es decir, mayor discrecionalidad.

Respecto de la independencia de los órganos reguladores, nuestra Constitución permite la existencia de entidades autónomas que formen parte de la Administración del Estado, aunque esto no se haya aplicado. El segundo aspecto plantea uno de los temas más discutidos del último tiempo, como es el control de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos. Las posiciones a este respecto se mueven entre la existencia de un control jurisdiccional pleno y, por tanto, que no existirían materias al margen de la revisión judicial, mientras que, por otra parte, se sostiene una regla de deferencia ante las decisiones adoptadas por órganos administrativos especializados y reconocido conocimiento técnico, siempre que estas aparezcan como razonables. Este es un tema que, siendo del mayor interés, no lo vamos a resolver en estas líneas. Solo debemos hacer presente la tensión que se produce con este criterio y el mandato de legalidad, ya que por una parte se demanda certeza, seguridad y previsibilidad en la regulación por parte del legislador, limitando al máximo los márgenes de actuación de la Administración, mientras que, por otro lado, se postula una mayor amplitud a los límites decisionales de los órganos reguladores, quizás amparados en la idea de que el conocimiento técnico debería dar como resultado soluciones razonables, ya que en caso contrario, debería entrar en plenitud el control judicial, que fue lo que insinuó la Corte Suprema en el caso "Chevron"<sup>70</sup>.

e) *Eficacia y eficiencia* (Efficiency)

El último criterio lo constituye la eficiencia en la gestión por parte de los órganos reguladores. En nuestro ordenamiento jurídico se hace una distinción entre la eficacia en el actuar administrativo (alcanzar los objetivos o metas propuestas) y la eficiencia (uso óptimo y racional de los recursos disponibles)<sup>71</sup>. Para Juan José Romero ambos conceptos

<sup>70</sup> Véase nota 69.

<sup>71</sup> Artículo 5º de la Ley N° 18.575.

estarían comprendidos dentro de este criterio, aunque no señala las razones<sup>72</sup>. Robert Baldwin señala, en términos generales, que este criterio mira a la regulación antes que al ente regulador. En este caso se trata de diseñar estrategias que permitan minimizar los costos en relación con los beneficios que genera. Para tal efecto se requiere determinar con antelación cuáles serían las ventajas y desventajas de las políticas que se implementan, para adoptar una decisión “correcta” a base de la eficiencia que puede producir<sup>73</sup>.

En definitiva, se requiere que el órgano regulatorio tendrá claramente definido los objetivos que se pretenden alcanzar con una medida, luego debe determinar la forma en que estas sean implementadas basadas en una evaluación *ex ante* de los costos-beneficios o ventajas y desventajas, para luego llevarla adelante. En el ámbito sancionador este se traduce en la forma como se diseñan los tipos infraccionales y la implementación de procesos de fiscalización a partir de criterios que tiendan a garantizar la eficacia en la acción administrativa e inhibir determinadas conductas por parte de los entes reguladores, ya sea mediante matrices de riesgos u otros criterios de selección, generando señales claras de que la norma efectivamente se cumple y su aplicación es objetiva y exenta de toda arbitrariedad<sup>74</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

El estudio de las técnicas de intervención por parte de los órganos administrativos ha adquirido, a partir del Derecho regulatorio, una nueva perspectiva de análisis que no supera ni sustituye las categorías tradicionales que se han forjado al amparo de las actividades que desarrolla la Administración pública.

En este sentido, debemos tener presente que la regulación se desarrolla a partir de una visión económica que tiene al mercado como el modelo ideal para la asignación de bienes y servicios. El Derecho regulatorio no es el Derecho del mercado perfecto, ya que en ese ámbito operan las instituciones de la libre competencia. El Derecho regulatorio es el Derecho que surge a partir de las fallas de mercado y que se introduce no solo con las técnicas básicas del Derecho administrativo clásico (reglamentación, autorizaciones, sanciones, etc.), sino que penetra en las decisiones más duras que deben adoptar los agentes económicos en su gestión, como es el régimen tarifario, las cuotas y zonas de mercado, las inversiones, etcétera.

<sup>72</sup> Romero (nota 14), p. 552.

<sup>73</sup> Baldwin, *Understanding Regulation...* (nota 14), p. 320.

<sup>74</sup> El artículo 53 de la Ley N° 18.575 expresa lo anterior en términos muy precisos: *El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.*

En este plano, la regulación se superpone con las formas de intervención basadas en la actividad de policía y de servicio público, pero a partir de una perspectiva distinta: se trata de corregir las fallas de mercados, de manera que las medidas que comprende encuentran en aquello su justificación. En buenas cuentas, se debe mantener y proteger el mercado donde opera bien, se deben hacer caer las barreras que impiden la existencia de un mercado y, como *ultima ratio*, se debe regular aquel mercado que presenta fallas.

En este contexto, la sanción administrativa es un instrumento ineludible del Derecho regulatorio, transformándose en una de las medidas que viene a cerrar la variedad de técnicas de intervención de los órganos reguladores. Por lo tanto, su análisis debe hacerse también a la luz de los criterios de acuerdo a los que se evalúa una institucionalidad regulatoria.

Al efecto, y previo a dichos criterios, está entregado al legislador el diseño de una política represiva eficiente, con los límites que ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, a base de elementos de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual exige tener presente las capacidades tanto de los regulados como de los reguladores, ya sea para cumplir la norma o para aplicar efectivamente la sanciones.

A su vez, varios de los criterios que permiten evaluar la institucionalidad regulatoria han sido regulados en nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional y legal, siendo, por tanto, no solo un parámetro de naturaleza técnica, sino que también jurídica. Por su parte, el análisis de cada uno de ellos nos permite hacer una evaluación disímil, en algunos casos producto de la debilidad que presenta el mandato legal estricto en relación con las sanciones administrativas producto de una reserva legal relativa que ha dejado prácticamente sin fronteras los límites de la ley y el reglamento, en otros, los niveles son muy elevados, como sucede respecto del *accountability*. Sin embargo, todavía queda mucho camino por andar con el objeto de contar con marco regulatorio que responda a un alto estándar en esta materia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA Mella, P., "Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 73-96.
- ARANCIBIA, J., "El control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico", en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, pp. 155-171.
- ARIÑO, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BALDWIN, R. y Mac Cradden, C., *Regulation and Public Law. Law and Context*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1987.
- BALDWIN, R.; Cave, M. y Lodge, M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2 ed. Oxford University Press, New York, 2012.
- BERMÚDEZ Soto, J., *Derecho Administrativo General*. Santiago, Thomson Reuters, 2011.

- BETANCOR, A., *Regulación: Mito y Derecho*, Madrid, Thomson Reuters, 2010.
- BREYER, S. G., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems text and cases*, Nueva York, Aspen, 1999.
- CAMACHO Cepeda, G., “La actividad sustancial de la Administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, R. (coor.), *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- CEA Egaña, J. L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- CORDERO E., “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración del Estado en el Derecho chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2013, en imprenta.
- CORDERO, E. y Aldunate, E., “Bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, 2012, pp. 337-361.
- CORDERO, E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 32, 2009, pp. 409-440.
- CORDERO, E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en AA.VV. *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Contraloría General de la República, 2012, pp. 15-33.
- CORDERO, E., “Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional”, en AA.VV. XXX *Jornadas Chilenas de Derecho Público*. T. III, Valparaíso, Edeval, 2000, pp. 100-120.
- DÍAS de Valdés, J. M., “Anomalías constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, 2012, pp. 249-282.
- GARCÍA, J.F., “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, 2009, pp. 327-372.
- GARCÍA, J.F. y Verdugo, S., “De las Superintendencias a las Agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 22, julio, 2010, pp. 263-372.
- JORDANA de Pozas, L., “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 48, 1949, pp. 41-54.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, 2 t., Madrid, La Ley, 1988.
- NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4<sup>a</sup> ed. Madrid, Temis, 2011.
- PARADA, J.R., “Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración”, en *Revista Galega de Administración Pública*, N° 23, 1999, pp. 13-43.
- RIPERT, G., *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, 2<sup>a</sup> ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.
- RODRÍGUEZ, L., “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1987, pp. 231-245.
- ROMERO, J.J., “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de legitimidad”, en AA.VV. *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 539-554.
- SADDY, A., “La función regulatoria de la Administración Pública y su responsabilización”, en AA.VV, XXX *Jornadas de Estudios. La regulación de los mercados: Telecomunicaciones, energía y valores*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2009, pp. 153-173.
- SILVA Bascuñán, A., *Tratado de Derecho Constitucional*. T. IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- SOTO Kloss, E., “El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número especial, 1998, pp. 273-278.

SOTO Kloss, E., “La impugnación de las sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el *solve et repete* y el Estado de Derecho”, en AA.VV. *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 97-117.

SOTO Kloss, E., “*Solve et repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el estado constitucional del derecho”, en *Ius publicum*, vol. 4, N° 6, 2001, p. 79-100.

SOTO Kloss, E., *Derecho Administrativo*, 2 t., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

VILLAR Palasí, J.L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 3, 1950, pp. 53-129.