

# BASES PARA DISTINGUIR ENTRE INFRACCIONES CRIMINALES Y ADMINISTRATIVAS

LUIS RODRIGUEZ COLLAO  
Universidad Católica de Valparaíso

## I. INTRODUCCION

1. En nuestro ordenamiento jurídico destaca la existencia de dos potestades punitivas: una de ellas, a cargo de la autoridad judicial y otra, que ejerce la Administración. Mas no se advierte claridad en cuanto a la línea divisoria que separa a estas dos potestades, lo cual ha permitido que la Administración esté facultada para aplicar sanciones más graves que aquellas que la ley ha previsto para el común de los delitos<sup>1</sup>, llegando incluso a imponer verdaderas penas privativas de libertad. En no pocos casos, además, la propia ley autoriza a aplicar sanciones criminales y administrativas frente a un mismo hecho ilícito.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico chileno no contiene una regulación de los poderes punitivos que ejerce la Administración, llegando ésta a imponer sanciones al margen de toda exigencia subjetiva, sin que la persona sea efectivamente juzgada y sin que el hecho sancionado esté previamente tipificado en la ley<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Una completa visión sobre el panorama que se observa en España, en cuanto a la desproporción de las penas administrativas, puede encontrarse en CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*<sup>3</sup> (Madrid 1985) 1, p. 48 ss. El panorama en Chile no es menos desolador.

<sup>2</sup> Esta situación aparece descrita, con singular acierto, por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid 1977) 2, p. 157, quienes han llegado a afirmar que "el Derecho Administrativo sancionatorio es un derecho represivo pre-beccariano".

2. **No menos confuso** es el panorama que se observa en la doctrina. Mientras los **penalistas** se precian de haber alcanzado un sistema que se basa en los **principios** de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, del debido **proceso** y de no doble incriminación, incluso para las infracciones menos graves —que en nuestro caso corresponden a las faltas—, no parece preocupar a los autores el hecho de que la Administración esté facultada para imponer castigos más severos que muchas de las penas que contempla el Código Penal y, lo que es peor, con absoluta prescindencia de los principios antes aludidos. No constituyen una minoría quienes simplemente excluyen de nuestra disciplina todas las situaciones que no encuadran en el sistema de la teoría del delito. El razonamiento que utilizan es, más o menos, el siguiente: todo aquello que no está tipificado en la ley o que puede castigarse sin un proceso previo o sin que se compruebe dolo o culpa, no constituye delito desde el punto de vista penal.

Así, los textos de Derecho Penal se han poblado de una serie de expresiones muy vagas y de contenido variable, que sirvan para designar el lugar en donde queda relegado todo aquello que escapa al ordenamiento jurídico-penal. Se habla, por ejemplo, de derecho de policía, derecho infraccional, derecho penal administrativo, derecho fiscal, derecho penal económico, derecho contravencional, etc. Sin embargo, no es común que se establezca cuál es el límite que separa al Derecho Penal de esos otros derechos cuya existencia se preconiza.

3. En el ámbito del Derecho Administrativo tampoco se aprecia una inquietud por fijar el límite que separa a los delitos de las infracciones administrativas o por dotar de una base doctrinal al ejercicio de poderes punitivos por parte de la Administración.

4. Los textos de Derecho Penal de España y de Iberoamérica suelen hacer una breve referencia al tema que nos ocupa en sus partes introductorias, al explicar las diferencias que existen entre esa disciplina y las otras ramas del Derecho. Tales referencias, sin embargo, aparecen influidas por la terminología y la realidad de otros sistemas jurídicos, lo cual, en muchos casos, sólo contribuye a aumentar la confusión<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Estamos frente a una materia que debe resolverse en el marco de nuestra

5. En lo que concierne a la literatura nacional, ésta se ha visto afectada en gran medida por las imperfecciones que hasta aquí hemos destacado, observándose, además, que los autores han obviado el estudio de numerosas disposiciones legales, e incluso constitucionales, que tienen directa incidencia en la solución del problema que motiva estas líneas.

6. En el presente trabajo intentaremos demostrar que gran parte de las imperfecciones que muestra el sistema positivo que rige la separación entre infracciones criminales y administrativas y el ejercicio de ambas potestades, son más aparentes que reales. Así, por ejemplo, nos asiste el convencimiento de que los grandes principios que ha hecho suyo el Derecho Penal son aplicables también en el ámbito administrativo y que el ordenamiento jurídico ofrece bases muy concretas para efectuar una adecuada diferenciación entre una y otra clase de infracciones. Así, pues, nos parece que la confusión que se advierte entre lo que es ilícito criminal y lo que es administrativo; las vacilaciones que se observan en relación con la normativa específica que rige el juzgamiento de los primeros y los segundos y la suerte de resignación que se observa frente al ejercicio de poderes desmedidos por parte de la Administración, obedecen a una falta de claridad respecto de las normas constitucionales y legales que rigen esta materia. Pero tales normas existen y en nuestro concepto conforman un sistema muy coherente, como trataremos de explicar a lo largo de estas páginas.

cultura jurídica hispana, desechando cualquier influencia que provenga de otras culturas. Así se explica que en este trabajo sólo se citen obras españolas, chilenas y argentinas. Por otra parte, se trata de una materia que está muy relacionada con factores políticos, de allí que debamos cuidarnos de no aplicar principios elaborados a la luz de sistemas políticos que nos resulten extraños. Las obras argentinas, por ejemplo, sólo pueden utilizarse en la medida que tengamos presente que están inspiradas en un sistema político-jurídico de índole federal, lo cual influye decisivamente en las opiniones que se emitan sobre el castigo de infracciones administrativas. Sobre esta influencia puede consultarse: NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*<sup>2</sup> (Buenos Aires 1979), p. 39 ss; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires 1979), p. 76; y TERAN LOMAS, Roberto, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires 1980) I, p. 239 ss.

## II. ANTECEDENTES HISTORICOS

7. Se ha sostenido que “el derecho penal público anterior a la Ilustración era derecho administrativo”, ya que si bien existía un órgano jurisdiccional, los funcionarios que lo integraban estaban sometidos por completo a la Administración<sup>4</sup>.

Esta situación, obviamente, no podía mantenerse después del advenimiento de los principios libertarios que surgieron durante el siglo XVIII, y cuyos frutos más descollantes fueron, en el campo político, el principio de separación de los poderes y, en el plano jurídico, el surgimiento del derecho penal liberal. Este último concepto implica no sólo una tendencia en materia legislativa, sino que una verdadera filosofía en cuanto a la forma en que debe llevarse a cabo el juzgamiento de las personas. Principios como el de legalidad y el de culpabilidad echaron hondas raíces en nuestra cultura jurídica occidental, al tiempo que se imponía la idea de que las sanciones sólo podían ser aplicadas por un tribunal, con absoluta independencia del Poder Ejecutivo.

8. Esta idea, sin embargo, nunca pasó de ser una simple aspiración, pues al parecer en ningún país de Europa la Administración se despojó de sus facultades correctivas, ni siquiera en los días más próximos a la Revolución Francesa.

Por otra parte, la idea de radicar exclusivamente en los tribunales la facultad de castigar se vio pronto enfrentada a un hecho histórico que vino a confirmar el carácter utópico de la misma. En efecto, a poco de iniciado el siglo XIX, el Estado comenzó a ampliar cada vez más su esfera de acción, lo cual aparece motivado por el notable desarrollo experimentado por la ciencia y la técnica. Este incremento de la actividad estatal tenía que ir aparejado de la previsión de un cierto número de sanciones que asegurara la efectividad de las nuevas funciones que la Administración había tomado sobre sí.

9. La conciencia jurídica decimonónica tuvo, pues, que conjugar la necesidad de reprimir una serie de hechos que entorpecían la acti-

<sup>4</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General* (Santiago 1982), p. 71 s. Del mismo autor, *Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas*, en Boletín de Investigaciones U. Católica de Chile, Fac. de Derecho Año VI, N° 44, 1979, p. 86 ss.



vidad estatal, con una acendrada vocación libertaria que le imponía lealtad al principio de separación de los poderes.

En este intento, Europa fue testigo del surgimiento de dos reacciones diferentes<sup>5</sup>:

A. En Alemania, Francia e Italia se optó por incorporar las infracciones en los respectivos códigos penales, o en leyes especiales, pero de índole penal. Con esta forma de proceder, desde luego, se pretendía que no hubiera ninguna sanción que quedara al margen de la garantía que representan los principios acuñados por el derecho penal liberal.

En estos países se produjo una verdadera hipertrofia de los códigos, los cuales se vieron virtualmente invadidos por una multitud de infracciones de escasa gravedad. Desde el punto de vista práctico, se recargó excesivamente el trabajo de los tribunales y, con ello, se llegó a que en muchos casos se descuidara la atención que merecían los asuntos de mayor envergadura.

B. En España y en los países americanos que recibieron su influencia, en cambio, fueron aumentando progresivamente las facultades correctivas de la Administración. Si bien es cierto que las leyes penales no sufrieron la hipertrofia observada en otros países europeos, se desarrolló el concepto de infracción administrativa, como una institución paralela y diversa de la pena criminal.

Nuestro Código se inscribe de lleno en esta tendencia, como lo demuestra su artículo 20, al disponer 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".

La existencia de esta potestad sancionadora a cargo de la Administración determinó que, en la práctica, los principios del derecho penal liberal quedaran circunscritos a lo que en estricto rigor constituye el ordenamiento jurídico-penal. La sanción administrativa, en cambio, comenzó a ser aplicada sin el más mínimo resguardo de los derechos de las personas y la situación hizo crisis cuando este tipo de sanciones pasó a tener cuantías muy superiores a las de las penas.

<sup>5</sup> CEREZO (n. 1), p. 42 s.

10. Tanto la reacción observada en Europa Central como la que hemos vivido en el mundo hispánico son altamente inconvenientes. Así como no es aconsejable transformar en delito infracciones muy leves, tampoco es un buen camino entregar a la Administración facultad para juzgar hechos graves, menos aun si ésta actúa con absoluta prescindencia de los más elementales principios que rigen o debieran regir la actividad sancionatoria.

11. En uno y otro medio la doctrina ha tenido reacciones: mientras en el primer caso se postula la *d e s p e n a l i z a c i ó n* de un gran número de infracciones, en el segundo se propicia la *d e s a d m i n i s t r a t i v i z a c i ó n* de las mismas.

Sin embargo, parece que en ningún país los esfuerzos han producido resultados satisfactorios, lo cual se debe a la subsistencia de una serie de mitos, como la creencia de que dotar a la Administración de poderes sancionatorios es propio de regímenes totalitarios<sup>6</sup> y la reticencia que muestran algunos penalistas frente a la posibilidad de ensanchar los horizontes de nuestra rama del Derecho.

### III. SOBRE EL CONCEPTO DE PENA Y SUS ACEPCIONES

12. Desde el punto de vista jurídico, la palabra *p e n a* es sinónimo de castigo, es decir, una medida aflictiva que debe soportar todo aquel que incurre en una conducta indebida.

Este concepto genérico de pena es común a todas las ramas del Derecho. Así, por ejemplo, el artículo 1535 del Código Civil, emplea ese término para designar a la prestación que debe efectuar quien se abstiene de ejecutar o retarda el cumplimiento de una obligación principal contraída bajo cláusula penal.

En este mismo sentido, también se utiliza la palabra *p e n a* para designar los castigos que pueden imponer instituciones diversas del Estado, como ocurre con la Iglesia y algunas entidades gremiales, educacionales, deportivas, etc.

<sup>6</sup> GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ (n. 2), p. 153.

13. Frente a aquel concepto amplio de *p e n a* existe otro más restringido que alude exclusivamente a aquellas sanciones que aplica el Estado a sus súbditos. Las sanciones que contempla el Código Penal, desde luego, pertenecen a esta categoría, pero no son las únicas que encuadran en esta acepción. En efecto, numerosas disposiciones legales califican expresamente como *pena* a castigos que pueden imponer organismos estatales que no tienen la calidad de tribunal. Es lo que sucede, por ejemplo, en la Ordenanza de Aduanas, cuyo artículo 217 faculta a las autoridades de ese Servicio para imponer multas "sin forma de juicio". Estas sanciones tienen un evidente carácter administrativo, sin embargo las normas que regulan su aplicación aparecen contempladas en un párrafo cuyo epígrafe reza "De las infracciones reglamentarias y sus *p e n a s*".

Lo anterior viene a demostrar que en el ordenamiento jurídico nacional el término *pena* no sólo incluye a las sanciones contempladas en el Código Penal, o en leyes especiales de esa índole, sino que también comprende a cualquier castigo impuesto por un órgano estatal.

14. Finalmente, la expresión que nos ocupa también suele ser empleada en una tercera acepción, más restringida aún, que sólo incluye a las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico penal. Este es el sentido que le atribuye, por ejemplo, el artículo 20 CPCh cuando señala que no se reputan penas, determinadas medidas que allí se señalan. Sin embargo, esta misma disposición, en cuanto utiliza la frase *n o s e r e p u t a n* en vez de decir simplemente *n o s o n* penas, implica un reconocimiento en orden a que ese concepto puede tener un alcance más amplio que el que le asigna ese Código<sup>7</sup>.

15. En suma, la palabra *pena* tiene en el ordenamiento jurídico chileno tres acepciones diversas:

- a) un alcance restringido, utilizado sólo por el Código Penal, de acuerdo con el cual comprende únicamente a aquellas sanciones regidas por ese texto legal;
- b) un alcance intermedio, según el cual comprende a todas las san-

<sup>7</sup> En este sentido el Prof. CURY (n. 4), p. 78 ss.

ciones que aplica el Estado; y

c) un alcance genérico, conforme al cual incluye a todo castigo aplicado a raíz de la ejecución de una conducta indebida.

16. Si nos situamos en una perspectiva intermedia, no existe inconveniente para llamar pena tanto al castigo que aplican los tribunales a quien ha ejecutado un delito, como a la sanción que impone un órgano de la Administración a quien ha cometido una infracción extra-delictual. Con el fin de establecer adecuadamente la diferencia, en este trabajo nos referiremos a ellas como *penas criminales* y *penas administrativas*, respectivamente<sup>8</sup>.

17. Cualquiera que sea la acepción en que se utilice el término pena, como dijimos, éste lleva implícita la idea de castigo o reacción frente a una conducta que se considera indeseable. Por este motivo, deben separarse de este concepto una serie de medidas coercitivas que presentan similitud con la pena, pero que no están inspiradas en aquella idea. Es el caso de los apremios con que se conmina a una persona para que ejecute un determinado acto (por ejemplo, arresto de un testigo renuente, arts. 380 CPCCh y 190 CPPCh), las cauciones que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación (como es la fianza que se exige a quien obtiene el beneficio de libertad provisional, para asegurar su comparecencia) o la privación de libertad que se acuerda durante la substanciación de un proceso y que tiene por objeto propender al éxito de la investigación judicial o a la seguridad del ofendido o de la sociedad (art. 19 N° 7, letra E, CPR).

#### IV. LA POTESTAD PUNITIVA JUDICIAL

18. La facultad que asiste al Estado para aplicar penas a través de los tribunales de justicia es un hecho universalmente aceptado. Más aún, se considera que el Estado tiene la obligación de juzgar y san-

<sup>8</sup> Esta distinción no es ajena al ordenamiento jurídico nacional, como lo demostramos en el punto 13, y tampoco es desconocida para la doctrina, si bien algunos autores prefieren hablar de penas *penales* y penas administrativas, a pesar de la inelegancia de la primera expresión.

cionar a la persona que comete algún delito.

Las normas substantivas aplicables al ejercicio de esta potestad aparecen contenidas en el Código Penal, las cuales se aplican no sólo a los delitos consagrados en ese texto, sino que también a aquellos que figuran en leyes especiales.

19. El artículo 3º CPCh clasifica los delitos, atendida su gravedad, en crímenes, simples delitos y faltas. Por su parte, el artículo 21 del mismo Código señala cuáles son las penas que corresponden a cada una de las tres categorías de infracciones.

Frente a esta distinción, ha surgido en la doctrina nacional una tendencia que considera que determinadas faltas no tendrían la calidad de ilícitos penales, sino que serían de índole administrativa.

20. Inspirada en concepciones foráneas, parte de la doctrina chilena distingue dos tipos de faltas:

a) las llamadas faltas delictuales, que estarían representadas por aquellas infracciones que guardan estrecha relación con algún crimen o simple delito, de modo que sólo constituyen formas más benignas de estos últimos. Es el caso, por ejemplo, de las lesiones leves (art. 494 N° 5 CPCh), del hurto de una cosa cuyo valor no exceda de medio sueldo vital (art. 494 N° 19 CPCh), de las injurias livianas (art. 496 N° 11 CPCh), etc.; y

b) las faltas contravencionales o contravenciones, que serían aquellas infracciones de mero orden, es decir, simples atentados contra las reglas dispuestas por la Administración para mejor proveer al bien común. Este sería el caso, por ejemplo, de la falta contemplada en el artículo 495 N° 9 CPCh, que sanciona a quien “abriere establecimientos sin licencia de la autoridad, cuando sea necesaria”.

21. No dudamos del interés didáctico que tiene esta distinción, por cuanto permite destacar de modo muy claro que algunas de las faltas que contempla el Libro III CPCh constituyen formas menos graves de algunos de los delitos consagrados en el Libro II. Pero resulta inadmisibles asignar a la distinción un alcance substantivo que carece de base en el ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, tomando como base el criterio que distingue entre faltas delictuales y contravencionales, NOVOA<sup>9</sup> afirma que “no se

<sup>9</sup> NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*<sup>2</sup> (Santiago 1985) 1, p. 258.

podría disputar que existe notoria diferencia de naturaleza entre ambos grupos de hechos y que si los primeros constituyen delitos en pequeño, los segundos se sancionan a título de mera infracción administrativa”.

En esta misma línea de pensamiento, COUSIÑO<sup>10</sup> agrega que las faltas contravencionales “constituyen lo que algunos denominan el Derecho Penal de Policía, ya que no formarían parte del Derecho Penal en su sentido estricto”.

22. Este criterio postula que entre faltas contravencionales y el resto de los delitos existirían diferencias de orden cualitativo<sup>11</sup>. En efecto, se sostiene que las contravenciones no atentan directamente contra un bien jurídico determinado y no llevan envuelta una reprobación ética por parte de los miembros de la comunidad. Ello obedecería a que este tipo de infracciones sólo constituyen desobediencia a reglas de utilidad colectiva que se imponen por el Estado o sus órganos.

23. La doctrina que ve diferencias cualitativas entre faltas contravencionales y los delitos propiamente tales, nos parece insostenible a la luz del ordenamiento jurídico nacional. En efecto, el artículo 3º CPCh, al distinguir entre crímenes, simples delitos y faltas, advierte de modo expreso que dicha distinción atiende exclusivamente a la gravedad de tales infracciones, y si comparamos esa norma con aquella que contiene el art. 25 CPCh, no podemos sino reconocer que el único elemento diferenciador es la entidad —y no la naturaleza— de la sanción. En consecuencia, existe un reconocimiento expreso en orden a que la clasificación que nos ocupa se basa en un criterio exclusivamente cuantitativo.

Por otra parte, las normas que contiene el Código Penal son aplicables a todas las infracciones a que él se refiere, sean crímenes, simples delitos o faltas<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, las disposiciones sobre

<sup>10</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno* (Santiago 1975) 1, p. 303.

<sup>11</sup> Así lo sostiene expresamente el Prof. LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*<sup>5</sup> (Santiago 1968) 1, p. 217.

<sup>12</sup> En este mismo sentido, el Prof. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal* (Santiago 1976) 1, p. 123.

culpabilidad, eximentes, circunstancias modificatorias, concursos o determinación de las penas, por nombrar sólo algunas, se aplican sin atender a la gravedad de la infracción. Más aún, cuando la ley ha querido excluir a cierta categoría de delitos de la aplicación de las reglas generales lo ha consignado expresamente, como sucede respecto de las faltas en materia de participación e iter criminis. Pero incluso en estos casos, la excepción se establece para todas las faltas, de modo que no existe ningún antecedente que autorice a formular distingos entre un grupo de faltas y otro.

La doctrina que asigna carácter administrativo a las faltas contravencionales —como es evidente— aparece influida por una tendencia a la despenalización, muy propia de los países de Europa Central<sup>13</sup>, pero absolutamente extraña en un país como el nuestro, en el cual carece por completo de justificación.

En suma, entre las llamadas faltas delictuales y contravencionales sólo existe diferencia cuantitativa —no cualitativa—, de modo que en nuestro Derecho todas las faltas constituyen ilícitos penales, y en este carácter les son aplicables todas las normas de carácter general que consagra el Código Penal, para la generalidad de los delitos.

24. La potestad punitiva judicial se distingue de otros medios de coerción por la finalidad con que se imponen las sanciones que le son propias. Si bien es cierto que el castigo que el Estado aplica a quien comete un delito es en esencia retributivo, porque es la ejecución de un hecho injusto lo que legitima la privación de derechos por vía de sanción<sup>14</sup>, no puede desconocerse que la reacción estatal persigue un fin de prevención general y que también se encamina —o debiera encaminarse— hacia un objetivo de prevención especial.

25. De aceptarse como base estas ideas, es preciso convenir en dos puntos fundamentales:

a) Que el sujeto de la pena judicial debe ser coincidente con el sujeto activo del delito. Como en nuestro ordenamiento jurídico el delito es en esencia una conducta humana (art. 19 N<sup>o</sup> 3, inciso final CPR), el castigo del mismo sólo puede recaer sobre una persona natural.

<sup>13</sup> Vid. punto 9 y 10 de este trabajo.

<sup>14</sup> CURY (n. 4), p. 59.

b) Que la idea de reparación es absolutamente extraña a la institución del delito penal, pues las sanciones de esta índole no se aplican para obtener resarcimiento de ninguna especie. Así, por ejemplo, si castigamos al individuo que hurtó una cosa mueble ajena, no lo hacemos con el propósito de permitir que el dueño recupere la especie o su valor, sino que lo hacemos porque aquél cometió un hecho ilícito y para evitar que en el futuro se siga cometiendo hurtos, tanto por la persona que ahora delinquiró, como por el resto de la comunidad.

La titularidad del castigo que se impone en ejercicio de la potestad punitiva judicial y los fines con que se aplica, constituyen factores de gran trascendencia para poder distinguir entre ésta y otras potestades que incumben al Estado, como veremos más adelante.

#### V. LA POTESTAD PUNITIVA DE LA ADMINISTRACION

26. Entendemos por potestad punitiva administrativa, el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos<sup>15</sup>.

No es correcto afirmar que esta facultad corresponde exclusivamente a los órganos que integran el Poder Ejecutivo, porque en vista al actual entrecruzamiento de funciones, los miembros del Poder Legislativo y los funcionarios de la Administración suelen estar dotados de importantes facultades netamente judiciales y, por otra parte, quienes integran los poderes legislativos y judicial, en su calidad de funcionarios del Estado, y además de las tareas que les son inherentes, están investidos también de poderes administrativos.

· Veamos algunos ejemplos. En Chile, numerosos funcionarios de la Administración actúan como jueces, encontrándose incluso facultados para sancionar verdaderos ilícitos criminales, y cuando ejercen esta facultad lo hacen como miembros de un tribunal, aun-

<sup>15</sup> Este concepto, desde luego, supone aceptar que el ejercicio de poderes sancionatorios no es necesariamente una labor de índole jurisdiccional. En este sentido, DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Buenos Aires 19873), p. 144.



que tengan la calidad de funcionarios de la Administración. Así ocurre —sólo por nombrar algunos— con los alcaldes, los jueces de policía local y las autoridades superiores del Servicio de Aduanas<sup>16</sup>.

Por el contrario, los jueces, aparte de su función jurisdiccional, están facultados para imponer sanciones administrativas a los funcionarios subalternos que de ellos dependen y, en general, a cualquier persona, como ocurre en el caso de las injurias y calumnias causadas en juicio, de acuerdo con el art. 426 CPCh. En ninguno de estos casos el funcionario judicial actúa como miembro de un órgano que ejerce jurisdicción, sino que lo hace en su papel de funcionario del Estado.

En consecuencia, no es la ubicación que tenga el órgano sancionador dentro del esquema de la Administración, lo que determina que una pena tenga la calidad de administrativa. Por el contrario, lo decisivo en este caso es el hecho de emanar de un funcionario que actúa en una calidad diversa de la de juez. No interesa a cuál de los poderes pertenezca dicho funcionario, porque en los tres poderes hay personas facultadas para castigar ilícitos administrativos.

27. A diferencia de lo que ocurre con la potestad punitiva judicial —cuya legitimidad actualmente no se discute—, la potestad que ejerce la Administración no ha logrado el mismo consenso. En efecto, movidos por un apego irrestricto al principio de separación de los poderes, algunos autores han cuestionado la legitimidad de las facultades sancionatorias de los órganos administrativos, llegando a plantearse, incluso, la posible inconstitucionalidad de tales facultades<sup>17</sup>.

Este criterio se basa en que la Constitución dispone que sólo los tribunales de justicia poseen facultad para juzgar contiendas entre partes y, por tanto, “para condenar a una de ellas a determinada

<sup>16</sup> Ley N° 15.231, artículo 2° (texto refundido aprobado por Dto. del Ministerio de Justicia N° 307, de 1978, D. O. de 23.05.78); Ley N° 18.287, artículo 1°; Ordenanza de Aduanas, artículos 195 ss. (numeración correspondiente al texto refundido aprobado por DFL N° 30, de 1983, D. O. de 13.04.83).

<sup>17</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON T. S. *Derecho Penal. Parte General*<sup>3</sup> (Valencia 1982) 1, p. 57 ss.

prestación u omisión; son ellos los únicos que constitucionalmente han sido provistos de potestades jurídicas sancionadoras”<sup>18</sup>.

Como se comprenderá, el hecho de entregarse facultades sancionadoras a un ente administrativo implica —en opinión de esta corriente doctrinal— invadir un campo de acción reservado al órgano jurisdiccional.

28. Por nuestra parte, preferimos plantearnos la cuestión de la legitimidad de los poderes sancionatorios de la Administración positivamente, es decir, a partir de las razones que existirían para dotarla de aquellas facultades.

En este sentido, nos parece inconcebible que la Administración pueda ejercer adecuadamente sus funciones, sin estar dotada al mismo tiempo de un cierto poder de coacción que alcance incluso a la posibilidad de castigar ciertas conductas que entorpezcan su actuación. Por otra parte, la necesidad de que dichas sanciones se apliquen en forma oportuna y por un ente que posea la competencia técnica imprescindible para entender y ponderar la infracción, nos parecen razones más que suficientes para justificar el hecho de que esas sanciones sean aplicadas por la propia autoridad administrativa.

29. En segundo lugar, un principio universalmente aceptado en materia de política criminal es el de subsidiariedad del Derecho Penal. Este principio parte de la base de que las sanciones del ordenamiento jurídico criminal son las más graves que contempla el derecho positivo de cualquier país: ellas constituyen la más poderosa arma de lucha en contra de las conductas socialmente intolerables. Por este motivo, esas sanciones deben estar reservadas para los hechos más graves y respecto de los cuales los medios previstos por otras ramas del Derecho hayan demostrado ser insuficientes o ineficaces. No puede el Estado penalizar criminalmente conductas susceptibles de ser combatidas con otros medios menos drásticos, porque en aquella empresa arriesga el prestigio y la efectividad de su principal instrumento coactivo.

<sup>18</sup> Sobre este punto específico, puede consultarse a SOTO KLOSS, Eduardo. *Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*, en Boletín de Investigaciones U. Católica de Chile. Facultad de Derecho. Año VII, N° 45, abril 1980, p. 95 ss.

La aceptación de este principio supone la existencia de medios represivos diversos de la pena que imponen los tribunales, y entre tales medios, el Estado no puede renunciar a priori a la posibilidad de aplicar sanciones a través de sus órganos administrativos.

30. En tercer lugar, la prevención especial, es decir, aquella que atiende a la persona individualmente considerada, es también uno de los principios que sustenta cualquier proyecto de política criminal. Tales proyectos deberán tener en cuenta que las infracciones administrativas constituyen un medio penal muy adecuado para la prevención de los delitos, puesto que ellas “tipifican conductas menos graves, pero que, frecuentemente, son pasos previos al delito en la biografía del delincuente”<sup>19</sup>. Así, pues, idealmente no parece conveniente recurrir al Código Penal para castigar a una persona que por primera vez incurre en una conducta de escasa significación, sin antes utilizar otros medios que eventualmente pudieren conseguir un propósito resocializador, especialmente si tenemos en consideración el estigma que implica una condena judicial.

31. En cuarto lugar, el complejo desarrollo de la actividad de la Administración ha determinado un aumento muy considerable de las conductas que se hacen merecedoras a una sanción, especialmente en campos relacionados con la técnica, la ciencia y la economía. Frente a esta realidad se hace cada vez más patente la inconveniencia de “gravar inútilmente a la magistratura con el conocimiento de una infinidad de atentados insignificantes, entorpeciendo el desarrollo de funciones más trascendentes”<sup>20</sup>.

El ordenamiento jurídico chileno, especialmente en materia penal económica, cuenta con buenos ejemplos de acciones tendientes a no recargar en forma desmedida la labor de los tribunales. En numerosos campos —y al parecer con buenos resultados— se han creado organismos administrativos facultados para conocer de infracciones de escasa envergadura, dejando al Poder Judicial el conocimiento de los casos de reincidencia y de las conductas que ostenten una mayor gravedad. Es el caso, por ejemplo, de la política adoptada

<sup>19</sup> ZAFFARONI (n. 3), p. 78.

<sup>20</sup> CURY (n. 4), p. 80.

en materia de atentados contra la libre competencia, a través de la creación de instituciones como las Comisiones Preventivas y Resolutiva, y la Fiscalía Nacional Económica, las cuales cumplen un importante papel en la represión de aquellos atentados.

32. En suma, numerosas razones de orden práctico y la necesidad de contar con instrumentos adecuados en materia de política criminal, hacen aconsejable —y en nuestra opinión imprescindible— dotar a la Administración de poderes sancionatorios.

33. Veamos ahora si el propósito enunciado tiene cabida a la luz de nuestro ordenamiento constitucional.

Quienes se pronuncian por la negativa, lo hacen convencidos de la necesidad de mantener un apego irrestricto al dogma de la separación de los poderes. Sin embargo, no consideran que, en nuestra cultura hispánica, la adscripción a dicho principio nunca ha llegado al extremo de suprimir las facultades sancionatorias de los órganos administrativos, como se explicó en el punto 9 de este trabajo. La Administración, en esta parte del mundo, nunca ha estado despojada de poderes punitivos, por esta razón el hecho de replantear el problema de la inconstitucionalidad de dichos poderes, basándose en que el ente administrador no debe inmiscuirse en funciones que son privativas de los tribunales, implica alterar el curso de una realidad sólidamente afincada en nuestro medio jurídico. Este solo hecho permite poner en duda que exista en la Constitución una clara intención de suprimir la potestad punitiva de la Administración, porque de consagrarse una norma constitucional en tal sentido, ella sería por completo inconsecuente con nuestra propia mentalidad<sup>21</sup>.

Asimismo, puesto que la Administración en Chile y en el resto del mundo hispánico, ha ejercido poderes punitivos desde siempre, y siendo un hecho indesmentible que esta facultad cuenta con pleno reconocimiento en numerosas disposiciones legales —entre las cuales el artículo 20 CPCh es el ejemplo más claro—, si la intención del constituyente de 1980 hubiera sido la de suprimir toda injerencia de la Administración en materia penal, habría tenido que contemplar

<sup>21</sup> Hay, sin embargo, países en los cuales una diversa concepción del principio de separación de los poderes, justifica la proscripción de las facultades sancionatorias de la Administración. Sobre el particular, Vid. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 152.

una disposición expresa en tal sentido, a fin de tener por derogadas todas las normas de jerarquía simplemente legal que vulneraran aquella hipotética intención. Sin embargo, no existe en la Constitución vigente ninguna norma que se pronuncie concretamente por la abrogación de la potestad que se pretende impugnar.

34. Quienes sostienen que la Administración no está constitucionalmente facultada para aplicar sanciones, por otra parte, se basan en la norma que entre nosotros contiene el artículo 73 CPR el cual dispone que la facultad de conocer y resolver las causas civiles y criminales corresponde en forma exclusiva a los tribunales. En opinión de estos autores, el hecho de aplicar una sanción implica conocer y juzgar una causa, y de ello coligen que sólo los tribunales podrían hacerlo. Sin embargo, los partidarios de esa posición no consideran que el mismo artículo, en su inciso tercero, distingue claramente entre “tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial”, por una parte, y “los demás tribunales”, por otra. Cabe preguntarse cuáles son estos otros tribunales a que alude la Constitución. La respuesta nos parece evidente: si no integran el Poder Judicial, ello significa que pertenecen a otro de los poderes del Estado, el cual, indiscutiblemente, sólo puede ser el Ejecutivo. Así pues, el artículo 73 CPR lleva implícito un reconocimiento en orden a que la autoridad administrativa puede legítimamente ser investida de poderes jurisdiccionales, y en tal virtud estará facultada para conocer y fallar las causas civiles o criminales que según ese mismo artículo corresponden en forma exclusiva a los tribunales.

Ahora bien, si la propia Constitución reconoce que los órganos de la Administración pueden ser elevados a la jerarquía de tribunales, y por ende fallar causas criminales, con mayor razón aquellos órganos podrán intervenir en la aplicación de sanciones meramente administrativas.

35. La adopción de un criterio interpretativo como el que acabamos de impugnar, implica desconocer las facultades que tiene la autoridad administrativa para aplicar sanciones disciplinarias, porque el castigo que debe soportar el funcionario que incurre en una falta en el desempeño de su cargo, también importa una sanción, y por tanto tendría que ser aplicada por la justicia ordinaria. Asimismo, también sería resorte de los tribunales aplicar las sanciones que la ley suele

entregar a diversas instituciones educacionales, deportivas, o gremiales, por nombrar sólo algunas.

La doctrina que propicia la inconstitucionalidad de los poderes sancionatorios de la Administración, sin embargo, incurre en la inconsecuencia de postular la ilegitimidad de dichos poderes sólo respecto de las llamadas sanciones gubernativas, es decir, aquellas que un órgano de la Administración puede aplicar a la generalidad de los súbditos. Nada dice respecto de los castigos que la propia Administración impone por vía disciplinaria y de aquellos que aplican instituciones autónomas, todos los cuales por constituir jurídicamente sanción y para ser consecuentes con el criterio que aquí cuestionamos, tendrían que ser aplicados por un tribunal.

36. En suma, no existe en la Constitución ninguna norma que expresamente prohíba el ejercicio de poderes sancionatorios por parte de la Administración. Todo lo contrario, el propio artículo 73 CPR reconoce que en el seno de la Administración pueden erigirse tribunales, los cuales podrán incluso conocer y fallar causas que versen sobre hechos criminales. En estas circunstancias, mal podría cuestionarse la constitucionalidad del conjunto de normas que autorizan a la Administración para imponer castigos extra-criminales, como es el caso del artículo 20 CPh.

Asunto muy distinto es el de determinar cuáles son las garantías de que debe rodearse el ejercicio de este poder sancionatorio, de acuerdo con las normas que consagra la Constitución. Porque la legitimidad de ese poder, en nuestro concepto, no depende tanto del órgano que lo detenta, como del hecho de ejercerse con el debido respeto de los derechos de las personas.

37. Antes de concluir este examen relativo a la potestad sancionatoria de la Administración en general, señalemos que ésta puede asumir dos formas: la primera tiene por objeto el castigo de aquellas infracciones que cometen las personas que están unidas al ente administrativo por un vínculo jurídico especial, y se denomina comúnmente potestad disciplinaria; la segunda se refiere al castigo de las infracciones que comete cualquier miembro de la comunidad social, y recibe el nombre de potestad gubernativa. Las sanciones que se aplican en ejercicio de una y otra reciben también la denominación de penas disciplinarias y penas gubernativas, respectivamente.

Esta distinción es universalmente aceptada por la doctrina y en nuestro país la acoge el artículo 20 CPCh, cuando excluye del ámbito criminal a “las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

En los párrafos que siguen nos detendremos por separado en cada uno de estos dos aspectos de la actividad sancionatoria de la Administración.

## VI. POTESTAD GUBERNATIVA

38. Si bien admitimos que la expresión *potestad gubernativa* tal vez no sea la más adecuada para referirse a esta forma del poder sancionatorio que ejerce la Administración, su empleo en este trabajo obedece a que nuestro Código Penal utiliza el término *gubernativas* para referirse a las facultades con que actúa el ente administrativo cuando sanciona al común de los administrados y para establecer la diferencia con los poderes *disciplinales*, a los cuales también se refiere el aludido texto legal.

La doctrina, por su parte, también suele emplear los términos *infracción gubernativa* y *penas gubernativas*, para referirse a aquellas que inciden en el ejercicio de este tipo de atribuciones.

39. Lo que distingue a esta potestad es el hecho de ejercerse respecto de cualquier persona, es decir, no sólo de aquellas que se encuentran unidas a la Administración por un vínculo jurídico de sujeción. La pena gubernativa puede ser aplicada a cualquiera de los miembros del grupo social.

Lo anterior obedece a que la Administración, cuando aplica este tipo de sanciones, no busca su propia protección como organismo o institución, sino que lo hace en virtud de un mandato legal que la obliga a intervenir en la protección del orden social general<sup>22</sup>. De lo dicho se sigue que el papel que cumple la potestad gubernativa

<sup>22</sup> GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 151.

tiva es del todo similar al que desarrolla la potestad punitiva judicial a través del castigo de los delitos regidos por el Código Penal.

40. En cuanto al órgano que ejerce la potestad que ahora nos ocupa, éste será siempre alguno de los entes que integran o que dependen del Poder Ejecutivo. Las facultades sancionatorias que la ley acuerda a las autoridades de los otros poderes del Estado, siempre quedan comprendidas en el ámbito de lo disciplinal.

41. Sin embargo, es preciso acotar que sólo estaremos dentro del ámbito gubernativo en la medida que los órganos de la Administración actúen en ejercicio de atribuciones de esta índole. Sabido es que algunas autoridades administrativas están dotadas de facultades jurisdiccionales, en cuyo caso actúan como verdaderos tribunales, y las penas que en tal virtud impongan serán de índole criminal, es decir, sometidas al mismo estatuto jurídico que aquellas que contempla nuestro Código Penal. Es la situación que se presenta, por ejemplo, cuando un tribunal aduanero, cuyo juez es un empleado del Servicio de Aduanas, impone una pena por el delito de contrabando.

El propio Código Penal, en su artículo 20, reconoce esta situación cuando excluye del ámbito criminal, sólo a aquellas sanciones que el Administrador imponga en uso de facultades gubernativas. No excluye de aquel ámbito a las sanciones que se impongan en virtud de otro tipo de facultades, como son las jurisdiccionales.

42. El establecimiento de una línea divisoria entre delitos e infracciones administrativas ha dado lugar a una ardua polémica a nivel doctrinal. La discusión gira en torno a si las diferencias que separan a estos dos tipos de ilicitudes son de orden cualitativo o cuantitativo. Mientras las tesis cualitativa estima que los delitos y las infracciones administrativas son de distinta naturaleza, la tesis cuantitativa considera que entre ambos sólo existe una diferencia de grado, que se expresa en una mayor o menor intolerancia social de las conductas.

43. Apreciado el problema desde una perspectiva histórica, debe reconocerse que la tesis de las diferencias cualitativas, que otrora fue de aceptación casi unánime, ha ido perdiendo terreno hasta el



punto de que hoy la mayor parte de los autores adhiere a la tesis contraria<sup>23</sup>.

La doctrina que ve diferencias cualitativas entre delitos e infracciones administrativas debe su mayor desarrollo —y en gran medida su prestigio— a la obra de James Goldschmidt y Erik Wolf, cuyas opiniones han sido asimiladas con extraordinaria facilidad por el resto de los partidarios de esta posición. Lamentablemente, muchos de sus seguidores no han reparado en que la realidad que enfrentaron esos autores es muy diferente de la que vivían sus propios países, lo cual explica la confusión que se observa en algunos de sus postulados.

44. A continuación pasaremos a examinar los argumentos que se han invocado en apoyo de una y otra posición, comenzando por aquellos de la tesis cualitativa:

a) Esta tesis, en primer término, considera que los delitos atentan contra bienes jurídicos, ya sea que éstos pertenezcan a un individuo o a la sociedad en general. Las infracciones gubernativas, en cambio, sólo vulneran un interés de la Administración, es decir, importan el incumplimiento de una obligación impuesta sólo con el fin de garantizar el buen funcionamiento de aquélla. Entre tales intereses administrativos Novoa menciona la seguridad, la higiene pública y el patrimonio fiscal<sup>24</sup>.

b) Los delitos, por su parte, pueden estar concebidos como figuras de lesión o de peligro respecto del bien jurídico que se proponen tutelar. En materia de infracciones gubernativas no es posible efectuar esta distinción, porque ellas siempre están configuradas como hipótesis de peligro.

c) Los delitos tienen tras de sí una connotación ético-social que no se da en las infracciones gubernativas. Respecto de las primeras existiría una conciencia colectiva de rechazo de la conducta que se

<sup>23</sup> En Chile aún se observa una disparidad de opiniones. Adhieren a la tesis de las diferencias cualitativas los Profs. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*<sup>3</sup> (Santiago 1968), p. 67; NOVOA (n. 9), p. 29 ss; y COUSIÑO (n. 10), p. 23 ss. Partidarios del criterio cuantitativo se muestran los Profs. CURY (n. 4), p. 74 ss. y ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia* (Santiago 1987) 2, p. 174.

<sup>24</sup> NOVOA (n. 9), p. 29.

castiga, en cambio los hechos que configuran simples infracciones serían ética y culturamente indiferentes para el común de los ciudadanos. De allí que muchos autores se refieran a unos u otros como ilícitos naturales y artificiales, respectivamente.

d) Entre los fines del Estado se cuentan la realización de valores de justicia y la consecución del bienestar público. Para obtener lo primero se utiliza como herramienta al Derecho Penal, en cambio el segundo objetivo se procura a través de normas administrativas. De allí que algunos autores sostengan que el delito se orienta al valor justicia, en tanto que la infracción gubernativa se orienta al bienestar público.

e) Mientras el Derecho Penal se encuentra regido por el principio de legalidad, las infracciones gubernativas “no siempre tienen un origen directo en la ley”<sup>25</sup>.

f) En el Derecho Penal, por otra parte, rige el principio de culpabilidad, de acuerdo con el cual los delitos sólo pueden castigarse en la medida que se hayan cometido con dolo o culpa. En materia de infracciones gubernativas, en cambio, no regiría esta exigencia, de modo que podrían castigarse frente a una actuación culpable, pero también “por el hecho de cumplirse o b j e t i v a m e n t e los presupuestos materiales del precepto respectivo”<sup>26</sup>.

g) El Derecho Penal se preocupa del hombre individualmente considerado, mientras que el Derecho Administrativo mira al hombre como miembro del cuerpo social. Basándose en esta afirmación, se suele decir que el delito constituye una infracción a los deberes que tiene la persona en su calidad de individuo, en tanto que las infracciones gubernativas importarían un quebrantamiento de los deberes que tiene el hombre como miembro social.

h) La circunstancia de que el ordenamiento positivo contemple para algunas infracciones gubernativas sanciones más severas que las previstas para muchos de los delitos es, para algunos, un signo demostrativo de que la diferencia entre ambos no es cuantitativa

25 COUSIÑO (n. 10), p. 23 s.

26 COUSIÑO (n. 10), p. 25.

sino cualitativa, porque afirmar lo primero implica aceptar que los delitos siempre importan una mayor gravedad<sup>27</sup>.

i) Finalmente, en lo que concierne al Derecho Positivo chileno, se ha sostenido que existe un reconocimiento expreso de la diversidad de naturaleza en la propia ley. Así, se menciona el artículo 20 CPCh. que excluye del ámbito criminal a las infracciones gubernativas y el hecho de que numerosas disposiciones contemplen la posibilidad de recurrir ante la *justicia civil* frente a la aplicación de una pena administrativa<sup>28</sup>.

45. La corriente que postula la diferencia cuantitativa ha rebatido —con gran sagacidad— cada uno de los argumentos que acabamos de exponer, sin que hasta la fecha se haya registrado un intento serio entre los partidarios de la tesis contraria por defender su posición original. Veamos, pues, cuáles son las razones que se invocan para sostener que delitos e infracciones gubernativas sólo difieren desde el punto de vista cuantitativo:

a) La diferencia que se postula entre bien jurídico e interés de la Administración se basa en el dualismo Administrativo-Derecho, que es del todo “insostenible a nivel de principio: la Administración no puede ser concebida como algo ajeno al Derecho, por la sencilla razón de que se halla sometida a él”<sup>29</sup>.

Así, pues, las decisiones que adopta la Administración para hacer más llevadera la convivencia social, no miran exclusivamente a la protección de intereses propios del ente administrativo, porque detrás de cada una de esas decisiones siempre está presente la intención de evitar riesgos para la vida, la integridad corporal, la salud o la propiedad de los miembros del grupo social<sup>30</sup>. En consecuencia, el castigo de los actos que implican desobediencia a las normas que impone la Administración para facilitar la convivencia de los ciudadanos, también está inspirado en la protección de auténticos bienes jurídicos. Por este motivo, “no puede hablarse de interés de la Administración, porque la Administración no tiene

<sup>27</sup> En este sentido TERAN LOMAS (n. 3), p. 235.

<sup>28</sup> En este sentido NOVOA (n. 9), p. 32.

<sup>29</sup> COBO DEL ROSAL-VIVES (n. 17), p. 60.

<sup>30</sup> CURY (n. 4), p. 76 s.

más intereses que los de la colectividad”<sup>31</sup>.

b) Tampoco puede sostenerse que delitos e infracciones administrativas difieran por el hecho de poder configurarse como hipótesis de lesión o de peligro los primeros, y sólo como hipótesis de peligro las segundas. Lo anterior se demuestra con el simple examen del ordenamiento jurídico, ya que éste contempla numerosos casos de infracciones administrativas en las cuales se exige un efectivo detrimento del bien jurídico que se propone tutelar. Así ocurre, por ejemplo, en varias de las infracciones que contempla el artículo 97 del Código Tributario, que se sancionan por la vía administrativa, aunque exigen que se haya producido menoscabo de las arcas fiscales.

c) Igualmente inadmisibile resulta el argumento de que las infracciones gubernativas no llevarían envuelta una connotación ético-social, la que sí estaría presente en los delitos. Para demostrarlo basta leer cualquier texto legal referido a materias económicas, en los cuales abundan los delitos carentes de dicha connotación.

d) “La distinción que se apoya en la afirmación de que el ilícito penal se orienta al valor de la justicia y el ilícito administrativo al bienestar público, se ha negado alegando que el ordenamiento jurídico sólo puede prestar protección a un bienestar común que sea justo y que no hay sectores del ordenamiento jurídico que sean ajenos a una valoración de justicia”<sup>32</sup>.

e) La afirmación de que las infracciones administrativas, a diferencia de los delitos, no estarían regidos por el principio de legalidad, también debe ser rechazada, pues, como veremos enseguida, el referido principio alcanza también a las infracciones administrativas.

f) Lo mismo cabe decir respecto del principio de culpabilidad, el cual rige también en materia de infracciones administrativas, como tendremos ocasión de ver más adelante.

31 COBO DEL ROSAL-VIVES (n. 17), p. 60.

32 SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona 1982) 1, p. 53. Las opiniones a que se refiere el autor corresponden a los profesores RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo y AFTALION, Enrique.

g) También merece reparos la doble consideración del sujeto como individuo y como asociado. Se dice que la base de esta distinción es falsa, porque el Derecho no puede regular por separado la conducta del hombre. “Ambas calidades se dan en forma inescindible, sin que siquiera puedan separarse por vía de análisis, porque una requiere necesariamente la otra hasta confundirse ambas en todos los casos”<sup>33</sup>.

La verdad es que la distinción planteada se funda en un contraste casi total entre los intereses de la sociedad y el individuo, lo cual implica una concesión al liberalismo entendido en su forma más extrema y tradicional, y que no puede ser aplicada en la sociedad contemporánea, pues en ésta “el sujeto tiene y aspira a una participación cada vez mayor, que, recíprocamente importa una creciente asunción de responsabilidades sociales como propias del individuo”<sup>34</sup>.

h) La circunstancia de que el Derecho Positivo contemple sanciones gubernativas más severas que muchas de las penas asignadas a los delitos, tampoco constituye un argumento concluyente en favor de la tesis cualitativa. Semejante desproporción sólo deja en evidencia un lamentable desacierto en materia de política criminal, pero en modo alguno autoriza a extraer conclusiones de orden valorativo, pues de seguirse ese camino, cualquiera podría sentirse autorizado para inferir criterios de valoración del hecho de que en nuestro país el robo, por lo general, tenga asignada una pena más severa que el aborto.

i) En cuanto al hecho de que nuestra legislación contendría disposiciones que abiertamente reconocerían la diversidad de naturaleza entre delitos e infracciones, no cabe invocar en ese sentido el artículo 20 CPCh, ya que este precepto al excluir del ámbito criminal a las sanciones administrativas en ningún caso dijo que ellas no fueran penas, sólo dejó constancia en el sentido de que ellas no se reputan como tales. Si la intención de la ley fuera establecer una diferencia de naturaleza entre las penas criminales y las sanciones administrativas, hubiera dicho claramente que estas últimas no son penas<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> ZAFFARONI (n. 3), p. 78.

<sup>34</sup> CURY (n. 4), p. 75 s.

Pero tal vez el reconocimiento más explícito en orden a que la diferencia es sólo cuantitativa, lo encontramos en numerosas leyes especiales que crean tipos de injusto que pueden ser sancionados por la vía administrativa o por la judicial indistintamente, dependiendo muchas veces de la decisión del órgano encargado de formular la denuncia y en otras ocasiones de la circunstancia de existir habitualidad, reincidencia u otro elemento que agregue una dosis de gravedad a la infracción, en cuyo caso resulta imperioso que el juzgamiento sea efectuado en sede jurisdiccional. Un buen ejemplo de lo expresado es el tipo que contiene el artículo 1º del decreto ley N° 211, de 1973, comúnmente llamado Ley Antimonopolios.

46. En suma, el ordenamiento jurídico nacional ofrece argumentos muy concluyentes para afirmar que en Chile los delitos criminales y las infracciones gubernativas no difieren en cuanto a su naturaleza, sino que entre ellas sólo se observan diferencias de orden cuantitativo.

47. Si bien podría parecer exagerado el interés que demuestra la doctrina por establecer claramente qué tipo de diferencia existe entre delitos e infracciones gubernativas, la verdad es que la decisión tiene mucha importancia en orden a determinar si es posible aplicar pena criminal y sanción administrativa frente a un mismo hecho. Si en entre ellos existiera una verdadera diferencia en cuanto a su naturaleza, no habría ningún impedimento para imponer doble castigo, pero si la diferencia sólo dice relación con un factor de índole cuantitativo, como ocurre en nuestro país, no puede lógicamente castigarse por la vía judicial y por la vía administrativa una misma conducta<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> SAINZ CANTERO (n. 32), p. 54; CURY (n. 4), p. 78.

<sup>36</sup> Este criterio ha logrado imponerse en la doctrina española, contando incluso con reconocimiento de parte del Tribunal Constitucional. Sobre el particular, RODRIGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (Madrid 1986), p. 13; CERESO (n. 1), p. 51; GARCIA DE ENTERRIA (n. 2), p. 164 ss. En Chile lo acoge el Prof. CURY (n. 4), p. 80.

## VII. POTESTAD DISCIPLINARIA

48. Tres factores permiten distinguir a la potestad disciplinaria de la potestad gubernativa, anteriormente examinada.

En primer término, la potestad disciplinaria, a diferencia de la gubernativa, no se ejerce respecto de cualquier persona, sino que sólo afecta a aquellas que están unidas a la Administración por un vínculo jurídico preexistente.

En segundo lugar, también difieren estas dos potestades en relación con el órgano que en uno y otro caso puede aplicar la sanción. Mientras la pena gubernativa sólo puede ser impuesta por alguno de los entes que integran o dependen del Poder Ejecutivo, la potestad disciplinaria corresponde a las autoridades de cualquiera de los tres poderes del Estado<sup>37</sup>.

Finalmente, estas dos potestades también difieren en cuanto a los fines que cada una de ellas persigue. Mientras la pena gubernativa se establece en resguardo del orden social general, la pena disciplinaria busca preservar el orden jurídico-institucional del ente que la aplica, a fin de permitirle la realización de su obra<sup>38</sup>. No es el propósito de facilitar o de hacer más llevadera la convivencia social lo que mueve a establecer penas disciplinarias, sino el propósito mucho más restringido de permitir la subsistencia de una organización en condiciones tales que hagan posible el óptimo desempeño de sus funciones.

49. El punto que mayores dificultades ofrece en orden a elaborar un concepto de potestad disciplinaria, es el que dice relación con la naturaleza del vínculo que debe unir a la persona que soporta el castigo y al ente que lo aplica.

Cuando se habla de potestad disciplinaria, tradicionalmente se piensa sólo en la responsabilidad en que incurren los funcionarios de un organismo público y que puede ser perseguida por sus superiores, quienes están facultados para investigar y sancionar las infracciones que aquéllos hubieren cometido en el desempeño de sus cargos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Una relación de las fuentes que en Chile otorgan atribuciones a dichas autoridades, puede encontrarse en NOVOA (n. 9), p. 25 s.

<sup>38</sup> GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 148 y 151.

50. Desde luego, no dudamos que esta forma de responsabilidad, que en Chile se encuentra regida por el DFL. N° 338, de 1960, sobre Estatuto Administrativo, queda comprendida en el ámbito de la potestad disciplinaria. Sin embargo, nos parece que este último concepto no se agota con el poder sancionatorio que los superiores ejercen respecto de los funcionarios sometidos a su mando.

51. La realidad administrativa de cualquier país, incluido el nuestro, exhibe una tendencia por hacer participar en las funciones públicas a numerosas personas que no encuentran cabida dentro de los esquemas tradicionales de organización institucional. Es común que particulares que no pertenecen a la dotación de un servicio, realicen funciones inherentes al mismo, estableciéndose una relación de dependencia que no tiene otro objetivo que velar por el correcto desempeño de las tareas públicas que aquéllos realizan. Es lo que sucede en Chile con los agentes de aduana y con los empleados auxiliares de éstos, quienes a pesar de no encontrarse sometidos a las normas del Estado Administrativo, quedan afectos a los poderes disciplinarios que ejerce la Jefatura Superior del Servicio de Aduanas<sup>40</sup>.

52. Asimismo, la Administración suele servirse de personas y entidades que, si bien no realizan una función pública, como en el caso anterior, están legalmente facultadas para ejecutar ciertos actos o para emitir documentos que sí forman parte del complejo engraje de alguna de las funciones que desarrolla la Administración. Por este motivo, la ley suele contemplar sanciones para quienes no ejecuten correctamente aquellos actos, los cuales tienen un evidente matiz disciplinario, puesto que no están dirigidas a la protección del orden social general, sino que a procurar un eficiente desem-

39 Este es el sentido que le atribuyen todos los autores nacionales, y es también el concepto más difundido en Argentina, como se aprecia en la exposición que hace el Prof. CAMPOS, Alberto, *Derecho Penal* (Buenos Aires 1980), p. 14. No es, sin embargo, el criterio unánime en España, como se verá más adelante.

40 Las normas que rigen esta especie de potestad disciplinaria se encuentran contenidas en el Libro IV de la Ordenanza de Aduanas. Vid. n. 16.



peño de alguna de las funciones que desarrolla la Administración. Para seguir dentro del campo aduanero, podemos citar como ejemplo de esta actividad de colaboración administrativa, la que realizan los transportistas encargados de emitir diversos documentos que forman parte del procedimiento normal previsto para una operación de importación y las sanciones que pueden aplicar las autoridades del Servicio a quienes no observen un correcto desempeño en el ejercicio de aquella actividad<sup>41</sup>.

53. No creemos, sin embargo, que dentro del concepto de potestad disciplinaria queden incluidas las atribuciones para aplicar medidas a los contratistas y concesionarios. La actividad de éstos se inserta dentro del campo contractual, luego las consecuencias que se derivan de un eventual incumplimiento son de naturaleza civil.

Tampoco pertenecen a este campo las medidas que se aplican respecto de los usuarios de los servicios públicos, las que generalmente tendrán carácter civil —cuando deriven del incumplimiento de las cláusulas de un contrato— o serán penas gubernativas cuando estén establecidas en resguardo del orden social general<sup>42</sup>.

54. En suma, la potestad disciplinaria se ejerce no sólo respecto de quienes poseen la calidad jurídica de funcionario, sino que también respecto de aquellas personas que están obligadas por un especial deber de corrección en el desempeño de una actividad pública o en la ejecución de actos que se enmarcan en una función desarrollada por la propia Administración. La existencia de este deber crea una situación de supremacía especial para el ente administrativo, diversa de la supremacía general a que estamos sujetos los súbditos. Desde el punto de vista del particular, en cambio, se da una situación de subordinación respecto del órgano encargado de velar por su buen desempeño<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Artículos 180 a 183 de la Ordenanza de Aduanas. Vid. n. 16.

<sup>42</sup> Algunos como GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 149, y SAINZ CANTERO (n. 32), p. 49, incluyen a las medidas que se aplican respecto de contratistas y concesionarios, y en contra de los usuarios de los servicios públicos, entre las medidas disciplinarias.

<sup>43</sup> CEREZO (n. 1), p. 55; SAINZ CANTERO (n. 32), p. 48 s; GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 148 s.

55. El criterio expuesto más arriba tiene pleno fundamento en nuestra legislación, puesto que el art. 20 CPCh. se refiere a las penas disciplinarias como aquellas que el superior impone a sus subordinados, sin distinguir si la relación de subordinación proviene de un vínculo jerárquico interno o de una situación de supremacía externa. Ambas posibilidades caben dentro de los términos utilizados por la ley.

56. Respecto de las infracciones disciplinarias también surge la necesidad de establecer qué tipo de diferencia existe entre ellas y los delitos regidos por el Código Penal. Al igual que en el caso de las infracciones gubernativas, la polémica también se da entre quienes ven diferencias cualitativas y quienes postulan diferencias cuantitativas.

Sin embargo, es preciso advertir que la discusión normalmente se plantea a nivel general, es decir, se compara a los delitos criminales con las infracciones administrativas en conjunto y la argumentación se da tomando como base a las infracciones gubernativas. De allí que también respecto de las infracciones disciplinarias actualmente prime la tesis cuantitativa. Así, por ejemplo, en Chile el Prof. Cury ha llegado a decir que “el ilícito disciplinario no es sino una especie del administrativo y, por lo tanto, todos los argumentos ofrecidos para sostener que entre éste y el penal no existe sino una diferencia de grado, son válidos para afirmar lo mismo de aquél”<sup>44</sup>

57. No compartimos este criterio, pues el concepto de infracción disciplinaria ofrece ciertas particularidades que exigen un planteamiento singularizado del problema. Convenimos en que la mayor parte de los argumentos utilizados para postular la diferencia cuantitativa respecto de la infracción gubernativa, es aplicable también al caso de la disciplinaria. Pero existe una razón muy decisiva y que nos lleva al convencimiento de que aquí sí existen diferencias de calidad.

En efecto, al examinar la pena criminal pudimos advertir que ella es en esencia retribución, aunque como finalidad también se le puedan asignar objetivos de prevención general y especial. Estos

<sup>44</sup> CURY (n. 4), p. 84.

objetivos son compartidos con las penas gubernativas, de allí que pueda postularse que entre ellas existe identidad en cuanto a la naturaleza. Ambas tienden al resguardo del orden social general.

La pena disciplinaria, en cambio, como ya se explicó<sup>45</sup>, tiene un objetivo más restringido, cual es el correcto desarrollo de una función estatal. Esta finalidad pone en relieve, a nuestro juicio, que la diferencia que separa a estas infracciones no es solamente una cuestión de grado.

58. Por otra parte, las sanciones disciplinarias se aplican en virtud de un poder de supremacía especial que ejerce la Administración respecto de ciertas personas, en cambio las penas criminales se basan en “una situación de supremacía general poder público-súbdito”<sup>46</sup>. Así se explica que un mismo hecho constituya infracción para dos ordenamientos diferentes, los cuales ejercen reacciones separadas, cada una inspirada en su propia finalidad.

59. Finalmente, las penas disciplinarias —como expresa el Prof. Zaffaroni— “no pretenden resocializar, sino r e p a r a r el daño que con la conducta ha sufrido la imagen pública de la Administración, lesionada en la confianza de sus miembros y del público en general, al tiempo que algunas de ellas (exoneración, cesantía, cancelación de matrícula profesional) quitan al sujeto la posibilidad de repetir similares conductas”<sup>47</sup>. Al referirnos a la pena criminal <sup>48</sup> hicimos notar que la idea de reparación es ajena al campo del Derecho Penal, lo cual también pone en evidencia que las diferencias que separan a los delitos de las infracciones disciplinarias —y sus respectivas penas— alcanzan incluso a la naturaleza de los mismos.

60. El tipo de diferencia que separa a estas dos potestades determina que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible aplicar una pena criminal y una pena disciplinaria a la persona que incurre en

45 Vid. punto 48.

46 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 164.

47 ZAFFARONI (n. 3), p. 79.

48 Vid. punto 25 b.

una conducta indebida<sup>49</sup>. Ambas penas aplicadas, por ejemplo, a quien comete el delito de cohecho son compatibles, justamente porque persiguen fines diferentes.

#### VIII. PARALELO ENTRE INFRACCIONES CRIMINALES Y ADMINISTRATIVAS

61. Los autores que tratan el tema de la relación que existe entre delitos criminales e infracciones administrativas, normalmente concluyen sus trabajos con la demostración de que entre ellos existe una diferencia cualitativa o cuantitativa. Muy pocos son quienes se ocupan de examinar cuál es el factor que en concreto permite atribuir a un hecho el carácter de delito criminal o el de infracción administrativa, y prácticamente ninguno llega al punto de verificar cuáles son las consecuencias prácticas que se derivan del hecho de optar por una u otra alternativa.

Esto es, precisamente, lo que intentaremos hacer en las páginas siguientes, comenzando por aquello que nos parece fundamental en esta materia, como es la determinación del factor que debe utilizarse para distinguir entre las dos especies de infracciones.

62. Una primera opinión sostiene que el factor que debe tomarse en consideración es el tipo de pena que la ley asigna a la infracción. Así, se dice que las penas privativas y restrictivas de libertad son propias de los hechos de índole criminal, en tanto que las sanciones pecuniarias pertenecen al ámbito del Derecho Penal en la medida que sean susceptibles de convertirse en privación de libertad, en caso de no ser oportunamente cumplidas<sup>50</sup>.

Esta opinión nos merece serios reparos, pues implica determinar a qué categoría pertenece una pena, acudiendo a la eventual imposición de una medida que jurídicamente no es pena. En efecto, cada vez que la ley establece la convertibilidad de una multa, dispone expresamente que la privación de libertad se aplica por

49 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 164 s.

50 Esta es la opinión manifestada en Chile por los profesores COUSIÑO (n. 10), p. 26 y CURY (n. 4), p. 82.

vía de apremio<sup>51</sup>, debiendo en consecuencia, cesar la medida tan pronto como el condenado entere la suma correspondiente. El apremio no constituye pena, como se explicó en el punto 17, porque su finalidad no es el castigo de un hecho ilícito, sino compeler al cumplimiento de una obligación.

Por otra parte, la ley suele establecer la regla de la convertibilidad en relación con infracciones que tienen un indiscutible carácter administrativo. Es el caso, por ejemplo, de los hechos que sanciona el art. 174 del Código Sanitario, los cuales, de aceptarse la opinión que criticamos tendrían que ser considerados como ilícitos criminales, porque el artículo 169 del mismo texto legal dispone la convertibilidad de las multas con que se castigan. Lo cierto es, sin embargo, que las citadas infracciones no pertenecen al ámbito criminal, porque su imposición no corresponde a un tribunal, como lo exige el artículo 73 CPR., sino a una autoridad administrativa que actúa en su calidad de tal.

63. Una segunda opinión estima que el factor determinante para calificar como delito o infracción administrativa a un hecho, es el órgano que aplica la sanción, es decir, un tribunal en el primer caso y la propia Administración, en el segundo<sup>52</sup>.

Tampoco puede aceptarse esta opinión en el contexto del ordenamiento jurídico chileno, pues en muchos casos la autoridad administrativa obra como auténtico tribunal, castigando verdaderos delitos<sup>53</sup>, al paso que los jueces que integran el Poder Judicial también están dotados de poder sancionatorio de índole administrativa<sup>54</sup>.

64. La posición recién aludida, sin embargo, sirve como punto de partida para llegar al criterio que verdaderamente permite trazar una línea divisoria entre delitos e infracciones administrativas, a la luz del derecho positivo nacional.

51 Así ocurre, por ejemplo, en los artículos 49 CPCh.; 184, inciso 6º de la Ordenanza de Aduanas; 169 inciso 1º Código Sanitario; 24 de la ley N° 18.287, sobre Juzgados de Policía Local, etc.

52 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 147.

53 Vid. puntos 26, 67 y 68.

54 Vid. punto 26.

En efecto, si aceptamos que la diferencia que separa a delitos e infracciones administrativas es de índole cuantitativa, no podemos utilizar ningún factor que diga relación con la naturaleza de la infracción o de la pena, porque el ilícito criminal y el administrativo son de una misma naturaleza. Luego, la diferencia entre uno y otro sólo puede buscarse en factores externos a la infracción y a la pena. En Chile este factor es de índole procesal, como queda en evidencia del examen de los artículos 73 y siguientes CPR.

Dispone el primero que la facultad de conocer y resolver las causas civiles y criminales “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Esto quiere decir que sólo un tribunal puede aplicar penas criminales, lo cual en principio queda vedado a los órganos que integran la Administración.

Sin embargo, el mismo artículo 73 CPR., en su inciso 3º, reconoce que la autoridad administrativa en ciertos casos puede estar investida de poderes jurisdiccionales, al distinguir claramente entre: los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, por una parte, y los demás tribunales, por otra. Esta última expresión, como ya hemos explicado, sólo tiene sentido en la medida que se la refiera a aquellos casos en que un ente administrativo actúa como tribunal<sup>55</sup>.

Por este motivo, tanto el órgano jurisdiccional que tiene como titular a un miembro del Poder Judicial, como aquel cuyo titular es una autoridad administrativa, tienen, por expreso mandato de la Constitución, la calidad jurídica de tribunal, y en consecuencia ambos poseen facultad para sancionar hechos criminales.

La autoridad administrativa, empero, también puede imponer penas no en uso de facultades jurisdiccionales<sup>56</sup>, sino que de atribuciones netamente gubernativas o disciplinarias. Así lo reconoce el artículo 20 CPCh., cuando excluye del ámbito criminal, confirmando su calidad de pena administrativa, a las sanciones que la autoridad impone en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas.

<sup>55</sup> Vid. punto 34.

<sup>56</sup> En relación con los requisitos que deben concurrir para que estemos en presencia de una auténtica actividad jurisdiccional, puede consultarse DROMI (n. 15), p. 141 ss. En concepto de dicho autor la imposición de penas administrativas no importa ejercicio de atribuciones gubernativas, criterio, que, por cierto, compartimos plenamente.

65. Así pues, queda perfectamente delimitado en nuestro ordenamiento jurídico, el ámbito de la potestad punitiva criminal y el de la potestad sancionatoria de la Administración: la primera sólo puede ser ejercida por un tribunal, sea que integre el Poder Judicial o bien se trate de un ente administrativo elevado a la categoría de tal; la segunda corresponde a la Administración o a los propios tribunales, cuando ejercen facultades disciplinarias.

66. Es de advertir en todo caso, que a nuestro juicio no basta con que la ley califique de tribunal a un determinado órgano, para que éste sea tenido por tal, en lo que a ejercicio de poderes punitivos se refiere, pues no podemos desconocer que el legislador suele prodigar dicha denominación a entes que nada tienen de tribunal. Por esto, pensamos que lo decisivo es el tipo de procedimiento que la ley contempla en cada caso, y muy especialmente la sujeción a las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Penal; el grado de subordinación del órgano respecto de los tribunales superiores de justicia y la naturaleza de los recursos que se contemplan.

Un auténtico tribunal con jurisdicción en materia criminal utiliza las normas fundamentales del Código respectivo, y sus decisiones son revisadas en segunda instancia o por vía de recursos ordinarios por un tribunal superior de aquellos que integran el Poder Judicial. El simple hecho de establecerse la posibilidad de reclamar ante los tribunales de las decisiones de un órgano administrativo, o el hecho de que éste quede sometido al control de aquéllos a través de vías extraordinarias —como el recurso de protección— o de la potestad que ejerce la Corte Suprema a través del recurso de queja, no hacen perder la calidad de pena gubernativa o disciplinaria a las sanciones que impone la Administración.

67. Podemos tomar como ejemplo el caso de los llamados *tribunales aduaneros* a que se refiere el Libro III de la Ordenanza de Aduanas, los cuales están facultados para fallar procesos por fraude y contrabando, y causas por algunas de las infracciones contempladas en los artículos 180 a 183 de dicho texto legal. En el primer aspecto actúan como verdaderos tribunales con jurisdicción en lo criminal, porque sus actuaciones se rigen por las normas del Código de Procedimiento Penal; la segunda instancia está entregada a la Corte de Apelaciones respectiva y son precedentes los re-

curso ordinario que la ley contempla para la generalidad de los procesos de índole criminal. Por ello puede decirse que la pena aplicada por un tribunal aduanero a quien comete un contrabando, es una pena criminal, no obstante emanar de un órgano de la Administración, pero que ha sido elevado a la jerarquía de tribunal.

El juzgamiento de las infracciones aduaneras, en cambio, se realiza sin sujeción a las reglas generales del Código de Procedimiento Penal; sin que exista subordinación respecto de los tribunales superiores de justicia y sin que éstos estén facultados para conocer de recursos ordinarios. Por este motivo, aunque la ley califica como tribunal al órgano encargado de aplicar estas sanciones, creemos que ellas no tienen la calidad de penas criminales.

68. Veremos a continuación cuáles son las consecuencias que se derivan del hecho de calificar como delito criminal o como infracción administrativa a una conducta ilícita.

A nuestro juicio, el examen debe efectuarse en dos niveles: en relación con los principios generales y en relación con las normas concretas que rigen la aplicación de una pena. En cuanto a lo primero, pensamos que no existen diferencias, y que por esto puede hablarse de una absoluta identidad de principios entre delitos e infracciones administrativas. Referente a lo segundo, sí existen diferencias, motivo por el cual puede postularse una diversidad de régimen normativo.

#### IX. IDENTIDAD DE PRINCIPIOS

69. Todos los principios fundamentales que rigen el ejercicio de la potestad punitiva criminal tienen aplicación también respecto de aquella confiada a la Administración. Para afirmar lo anterior creemos que no basta con tener presente que delitos e infracciones administrativas comparten una misma naturaleza, como lo hacen algunos autores, sino que es preciso fundamentar positivamente la vigencia de cada uno de esos principios, sobre todo en un país como el nuestro, donde la Administración suele ejercer sus atribuciones punitivas con absoluta prescindencia de los mismos.

Especial mención merece, en este sentido, el esfuerzo desplegado por los tribunales españoles, los cuales a través de una sólida



argumentación, han declarado expresamente la vigencia en el ámbito administrativo de la totalidad de los principios acuñados por el derecho penal liberal. Esta línea jurisprudencial ha echado raíces definitivas en ese país<sup>57</sup>.

Veamos a continuación si en Chile, al igual que en España, existen argumentos jurídicos para declarar que aquellos principios también son aplicables al juzgamiento de las infracciones administrativas.

**70. Principio de legalidad:** Este principio implica que los hechos constitutivos de infracción administrativa, así como la naturaleza y cuantía de la sanción, sólo pueden ser establecidos mediante una ley. Con ello se descarta cualquier otra fuente normativa de jerarquía inferior.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito criminal, donde el principio tiene consagración en el artículo 19 N° 3 CPR., en materia administrativa éste se deduce de diversos preceptos de la Carta Fundamental.

En primer término, el artículo 7° CPR., dispone que los órganos del Estado sólo pueden actuar válidamente “dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. En virtud de este precepto, la autoridad administrativa sólo puede ejecutar aquellos actos cuya realización hubiere sido expresamente autorizada por una ley, en consecuencia, tratándose del castigo de una infracción, aquélla sólo podrá intervenir válidamente en la medida que el legislador hubiere fijado los hechos que la constituyen y la sanción aplicable.

El artículo 19 CPR., por otra parte, junto con indicar cuáles son los derechos que ese texto garantiza, se preocupa de señalar en cada caso que ellos sólo podrán ser objeto de restricciones en virtud de una ley. Como la sanción administrativa siempre importa una limitación a alguno de estos derechos, fundamentalmente el de propiedad, es evidente que aquélla sólo puede tener como fuente a una ley<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 157 ss; RODRIGUEZ RAMOS (n. 36), p. 12 ss.; CEREZO (n. 1), p. 51 ss.

<sup>58</sup> En un sentido similar, y adhiriendo a la conclusión SOTO KLOSS (n. 18), p. 101.

Finalmente, la palabra *p e n a*, como ya hemos explicado<sup>59</sup>, tiene tres acepciones jurídicas: en un sentido restringido, es sinónimo de sanción criminal; en un alcance intermedio, se refiere a cualquier castigo que imponga el Estado, motivo por el cual puede hablarse de *p e n a s* criminales y *p e n a s* administrativas; y en su mayor amplitud, es sinónimo de cualquier sanción que la ley autoriza a imponer, cualquiera que sea el órgano que la aplique.

Creemos que no existe ningún antecedente para suponer que la Constitución, al establecer el principio de legalidad de *l a s p e n a s*, haya querido referirse únicamente a las sanciones regidas por el Código Penal. En efecto, es evidente que la intención de la norma contenida en el artículo 19 N° 3 CPR; es brindar una adecuada y completa protección a los derechos que allí se consagran, luego mal podría entenderse que la Constitución sólo ha protegido a las personas frente a las limitaciones que pueden imponerse por vía judicial y que no lo ha hecho respecto de aquellas que pueden emanar de la Administración.

Por otra parte, las normas de la Constitución están orientadas a fijar los grandes principios por los cuales se rigen todos los sectores del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no resulta lógico pensar que al referirse a las penas sólo ha querido aludir a aquellas que regula el Código Penal. Asimismo, cabe tener presente que la Constitución cuando ha querido referirse al ámbito concreto de lo *c r i m i n a l*, ha utilizado precisamente este adjetivo y no el término *p e n a l*. Así ocurre, a modo de ejemplo, en los artículos 19 N° 7 letra f) y 73.

En suma, creemos que la palabra *p e n a* en el artículo 19 CPR. ha sido utilizada en su sentido intermedio, como sinónimo de cualquier castigo que emane del Estado, motivo por el cual la exigencia de legalidad que allí se consagra, comprende tanto a las penas criminales como a las administrativas. A la misma conclusión lleva el precepto que contiene el artículo 7° CPR., el cual consagra el principio de legalidad referido a las actuaciones de la Administración, y todas las disposiciones que garantizan que los derechos constitucionales sólo pueden ser limitados en virtud de una ley.

<sup>59</sup> Vid. puntos 12 a 16.

Por esta razón, no compartimos las afirmaciones —tan frecuentes por desgracia en nuestro medio— en el sentido de que las infracciones y las penas administrativas no precisan necesariamente tener un origen directo en la ley<sup>60</sup>.

A la inversa, pensamos que la exigencia de que las infracciones y las penas administrativas tengan su fuente en una ley impide, tal como sucede en materia criminal, que ellas puedan ser establecidas en un decreto con fuerza de ley. Ello obedece a que el artículo 61, inciso 2º CPR., impide la delegación de facultades legislativas respecto de aquellas materias “comprendidas en las garantías constitucionales”<sup>61</sup>.

**71. Principio de Tipicidad:** También llamado del injusto típico, este principio implica que las infracciones deben aparecer descritas con términos muy precisos en la ley, para que los súbditos cuenten con una efectiva garantía, pues de otro modo ésta podría ser fácilmente vulnerada a través del empleo de fórmulas vagas e imprecisas por parte del legislador. Para ser sancionado un hecho, desde luego, tendrá que encuadrar perfectamente en aquellos términos claros y precisos.

En nuestra Constitución esta exigencia aparece formulada en el artículo 19 Nº 3, inciso final, el cual dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Así pues, la ley que crea una infracción debe describir los hechos que la constituyen y, en todo caso, señalar cuál es la conducta que se sanciona.

En consideración al alcance que aquí hemos atribuido al término *pena*<sup>62</sup>, nos inclinamos a pensar que la exigencia de tipicidad que contiene la norma transcrita, rige tanto para los hechos criminales como para aquellos que se castigan por vía administrativa. Sin embargo, compartimos la opinión de quienes sostienen que las descripciones correspondientes a infracciones administrativas no re-

<sup>60</sup> Así lo ha señalado, entre nosotros, el profesor COUSIÑO (n. 10), p. 23 ss.

<sup>61</sup> Sobre este punto, Vid. CURY (n. 4), p. 127 ss.

<sup>62</sup> Vid. puntos 12 a 16.

quieren ser tan minuciosas como las penales<sup>63</sup>, pero ello en ningún caso implica desconocer que la exigencia de tipicidad también alcanza a las primeras.

**72. Principio de Irretroactividad:** Tal como sucede respecto del principio anterior, y por idénticas razones, la exigencia de irretroactividad de las leyes que establecen delitos y penas, contemplada en el artículo 19 N° 3, inciso 7° CPR., rige tanto en el ámbito criminal como en el administrativo.

**73. Principio de Culpabilidad:** Este principio, de plena aceptación en materia criminal, implica que las personas sólo pueden ser castigadas a condición de que hubieren actuado intencionalmente —esto es, con dolo— o en forma descuidada, en cuyo caso se habla de culpa. La magnitud del castigo, por otra parte, debe guardar estrecha proporción con la intensidad del reproche que sea posible efectuar a la persona en el plano subjetivo.

La exigencia de culpabilidad, en Chile, emana de la propia Constitución, en cuanto dispone que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal” (artículo 19 N° 3, inciso sexto). Esta disposición implica, contrario sensu, que sólo puede aplicarse una pena cuando en el proceso se haya logrado hacer constar cada uno de los elementos que hacen surgir aquella responsabilidad, entre los cuales se cuenta desde luego la culpabilidad, porque hasta la mente menos instruida sólo considera *r e s p o n s a b l e* de un hecho a quien es *c u l p a b l e* de su ejecución.

Como la Constitución alude a la responsabilidad *p e n a l*, la exigencia de culpabilidad rige tanto para la imposición de una pena criminal como para la aplicación de una pena administrativa, en los términos ya explicados<sup>64</sup>.

Esta afirmación obliga a concluir que en el ámbito administrativo, al igual que en materia criminal, no tienen cabida las hipótesis de responsabilidad objetiva, y que si alguna disposición legal

<sup>63</sup> Así se expresan, entre nosotros, los profesores CURY (n. 4), p. 81 y NOVOA (n. 9), p. 21. Sin embargo, ellos plantean la exigencia de tipicidad como una simple aspiración y no como un requisito concreto que emana del ordenamiento constitucional.

<sup>64</sup> Vid. puntos 12 a 16 y 71.

incurriera en semejante desacierto, en uno y otro caso, tendría que ser calificada como inconstitucional.

Confiamos en que un examen atento de las normas constitucionales impedirá en el futuro que la Administración siga aplicando sanciones basándose en la simple comprobación de hechos objetivos, y que nuestra literatura vuelva a registrar afirmaciones como aquella de que la diferencia que separa a delitos e infracciones tributarios, es la exigencia de culpabilidad en los primeros y la no exigencia de ese elemento en las segundas<sup>65</sup>.

Un punto fundamental en esta materia es el que concierne a la posibilidad de aplicar sanción administrativa a las personas jurídicas. Sabido es que en materia criminal esto es absolutamente improcedente, desde que el artículo 19 N<sup>o</sup> 3 CPR. exige que los delitos estén estructurados sobre la base de una conducta, elemento que incluye un matiz de finalidad que es impensable en un ente colectivo. Por esta razón, el solo hecho de que infracciones criminales y administrativas compartan una misma naturaleza debería ser argumento suficiente para descartar también respecto de las segundas la posibilidad de sancionar a una persona jurídica.

Lo dicho, en realidad, sólo vale respecto de las infracciones gubernativas, porque éstas al igual que sus congéneres criminales están orientadas a la preservación del orden social, y las sanciones con que se castigan persiguen fines de prevención general y especial que carecen de sentido respecto de un ente jurídico.

Las penas disciplinarias, en cambio, pueden estar inspiradas en la idea de reparación la cual no supone necesariamente que el castigo tenga que recaer sobre una persona natural<sup>66</sup>.

En consecuencia, la exigencia de culpabilidad impide que infracciones criminales y gubernativas tengan como sujeto activo a

<sup>65</sup> En este sentido, DUMAY PEÑA, Alejandro, *El Delito Tributario* (Concepción s.d.), p. 52; y KOGAN, Olga y FIGUEROA, Jaime, *El Delito Tributario* (Santiago s.d.), Vid. en este último, especialmente, la clasificación general de infracciones entre las que se incluyen aquellas "que se configuran por la sola concurrencia de elementos objetivos".

<sup>66</sup> En este sentido, ZAFFARONI (n. 3), p. 79.

una persona jurídica<sup>67</sup>. Esto último, sin embargo, es admisible respecto de las infracciones disciplinarias, que difieren de aquéllas en cuanto a su naturaleza, porque el castigo de un ente colectivo es compatible con la idea de reparación que normalmente las preside.

74. **Principio de Prescripción:** Los hechos criminales se encuentran regidos por el principio de prescripción en virtud del cual la responsabilidad que de ellos emana no puede hacerse efectiva —en otras palabras se extingue— transcurrido cierto lapso, cuya duración depende de la gravedad de la infracción.

Si bien es cierto que respecto de las infracciones administrativas no existe una norma que consagre este principio con carácter general, como la que contiene el artículo 94 CPCh, no podría lógicamente afirmarse que aquéllas quedan al margen del mismo, porque ello equivaldría a sostener que infracciones muy benignas son imprescriptibles, en circunstancias que hasta los crímenes más graves quedan amparados por esa causal de extinción.

Consciente de esta realidad, la jurisprudencia española ha determinado que si la ley no contempla un plazo especial de prescripción respecto de alguna infracción administrativa, debe aplicarse el término previsto para las faltas por el Código Penal. Ello obedece a que “el régimen general del ilícito, supraconcepto comprensivo de sus manifestaciones fenoménicas administrativa y penal, ilícito este último que por implicar un reproche social más profundo constituye el límite máximo de los demás, permite la aplicación supletoria del plazo señalado para la prescripción de las faltas...”<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Esto no ha sido entendido en igual forma por parte de la doctrina nacional. El profesor CURY, por ejemplo, junto con afirmar —acertadamente— que las sanciones administrativas “sólo deben ser impuestas a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”, le atribuye el carácter de pena administrativa a la disolución de persona jurídica prevista en el artículo 3º del decreto ley N° 211, de 1973 (Ley Antimonopolios). Vid. del autor (n. 4), p. 66 y 81.

<sup>68</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (n. 2), p. 162. En Chile, comparte este criterio el profesor CURY (n. 4), p. 82.

## X. DIVERSIDAD DE REGIMEN NORMATIVO

75. El Libro I del Código Penal contiene las normas generales que se aplican al castigo de todos los delitos, es decir, tanto a los que contempla ese texto, como a aquellos que figuran en leyes especiales.

Dentro de esas normas generales podemos distinguir dos grupos bien diferenciados. Por una parte, existen algunos artículos que consagran los grandes principios rectores del Derecho Penal, como es el caso de los de legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, etc. Pero también nos encontramos con una serie de normas que sólo tienden a encauzar la actividad del órgano jurisdiccional, a fin de que éste llegue a una pena más justa en cada caso concreto.

Los principios rectores, como se sabe, trascienden el ámbito concreto del Derecho Penal, y como su consagración está estrechamente ligada a la necesidad de brindar un adecuado resguardo a los derechos de las personas, ellos llevan implícito un sentido de permanencia e inmutabilidad.

Las otras normas, en cambio, tienen un alcance mucho más restringido, pues deben su vigencia a la consagración que de ellas hace el Código Penal, encontrándose por esto mismo sometidas a los vaivenes de la política criminal.

76. Para apreciar mejor la diferencia, podemos comparar la norma que contiene el artículo 18 CPCh, referente al principio de legalidad, con aquella que contempla el artículo 51 CPCh, la cual obliga a aplicar a los cómplices la pena inferior en un grado respecto de la prevista para los autores. La primera, por cierto, no puede ser derogada o modificada sin vulnerar el ordenamiento constitucional relativo a los derechos de las personas. La segunda, en cambio, puede ser modificada sin inconvenientes, si el día de mañana el legislador decide, por ejemplo, aumentar la rebaja a dos grados. Los problemas que tal enmienda podría traer consigo, como la necesidad de readecuar la penalidad del encubrimiento, no trascienden el ámbito del Derecho Penal.

77. El artículo 20 CPCh, como sabemos, dispone que no se reputan penas las sanciones gubernativas y disciplinarias. La intención de esta norma, obviamente, es excluir a estas últimas de la aplica-

ción de las normas generales que contiene el Código Penal. Pero esta exclusión no puede referirse a aquellos preceptos que consagran principios rectores, los cuales se aplican por igual a los ilícitos criminales y a los administrativos, por expreso mandato de la Constitución. Sí se refiere, en cambio, a todas las normas secundarias cuyo ámbito de acción se encuentra reducido al Código Penal, las cuales, por tanto, no se aplican a las infracciones administrativas.

78. Son numerosas las disposiciones privativas del Derecho Penal que quedan incluidas en la restricción establecida por el art. 20 CPCh. Es el caso de las reglas que rigen la aplicación de las multas, que es la pena más utilizada en el ámbito administrativo. Así, por ejemplo, el art. 70 CPCh, en cuanto obliga a considerar las facultades económicas del condenado y autoriza el pago por parcialidades; la calificación de la multa como crimen, simple delito o falta que contiene el art. 25 inciso 6º CPCh; y el art. 60 CPCh, en cuanto fija el destino de las sumas pagadas a título de multa.

Tampoco tienen vigencia en el ámbito administrativo todas las disposiciones que permiten el castigo de los partícipes y de las etapas de desarrollo anteriores a la consumación. En el campo administrativo no existe una norma general que haga extensivo los tipos de infracción a esas figuras, y los preceptos del Código Penal no son aplicables en virtud de la restricción que contiene el art. 20 del mismo. Por esto, salvo que exista una ley especial que disponga lo contrario, los tipos de infracción administrativa únicamente se castigan cuando el hecho alcanza el grado de consumación y sólo respecto de quien interviene como autor.

No rigen tampoco en el campo administrativo las normas del Código Penal que autorizan la aplicación de penas accesorias, entre las cuales se cuenta el comiso, las que sólo podrán aplicarse en la medida que una ley especial lo autorice, pero jamás en virtud de lo preceptuado por el Código Penal.

79. Esta reseña, que en modo alguno pretende ser completa, permite formarse una idea muy clara sobre el tipo de normas que por ser privativas del Derecho Penal, no se aplican en el ámbito administrativo siendo este último el factor que marca la diversidad de régimen normativo que se aprecia entre las sanciones propias de ese campo y las de índole criminal.



XI. CONCLUSIONES:  
BASES PARA UNA CORRECTA INTERPRETACION DEL  
ARTICULO 20 DEL CODIGO PENAL DE CHILE

80. Cualquier intento por establecer diferencias entre infracciones administrativas y criminales, debe tomar como base el artículo 20 CPCh., por ser ésta la única disposición de nuestro ordenamiento jurídico concebida especialmente con ese propósito.

Recordemos, ahora en su integridad, los términos de la aludida disposición:

“No se reputan penas la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

81. No compartimos la opinión de quienes afirman que esta disposición tiene un sentido estrictamente formal o que carece de substantialidad<sup>69</sup>. Por el contrario, pensamos que guarda perfecta consonancia con toda una tradición jurídica que heredamos de España; es extraordinariamente congruente con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con la normativa constitucional, y que ofrece bases muy sólidas para distinguir entre infracciones criminales y administrativas, dando cabida a todas las concepciones — incluso a la terminología— que la doctrina, aun la más moderna, utiliza. Todo lo anterior queda de manifiesto en la relación que sigue:

82. Reconoce, en primer término que existen dos potestades punitivas paralelas: una a cargo de los tribunales y otra que es ejercida por la Administración. En este sentido, hace suya una tradición uniforme en el Derecho hispánico que jamás ha llevado su adscripción al principio de separación de los poderes al extremo de privar a la Administración de facultades sancionatorias. El ejercicio de estas facultades por parte de la Administración, por otro lado, tiene pleno sustento en el ordenamiento constitucional chileno,

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, se expresa el Prof. COUSIÑO (n. 10), p. 25.

lo cual pone en relieve no sólo la fidelidad del art. 20 CPCh. a la tradición jurídica de que forma parte, sino que además su concordancia con el sistema institucional que nos rige.

83. En cuanto al concepto de pena, el art. 20 CPCh. pone de manifiesto su carácter retributivo —enfaticando la idea de castigo—, al excluir a todas aquellas medidas que guardan cierta similitud, pero que están orientadas a otros fines, como es el caso de los premios y de los resguardos cautelares. Así, por ejemplo, excluye del ámbito de la pena criminal a la prisión preventiva.

84. Pero al atribuirle el sentido de castigo, permite distinguir con toda claridad las tres acepciones que jurídicamente tiene la palabra pena. Como sabemos, en un sentido restringido el término alude a sanción criminal; en un sentido intermedio, se refiere a cualquier castigo impuesto por el Estado; y en un sentido amplio, a cualquier sanción legalmente autorizada. Al disponer que **n o s e r e p u t a n** penas las sanciones administrativas, reconoce que para efectos criminales no son tenidas como tales, pero la expresión utilizada nos advierte que es posible atribuirles el carácter de pena de acuerdo con los otros sentidos más amplios. Así pues, el art. 20 CPCh. permite utilizar la terminología de **p e n a s** criminales y de **p e n a s** administrativas, que actualmente es muy común en la doctrina.

85. En cuanto a las infracciones administrativas, el Art. 20 CPCh. **se refiere expresamente** a la clasificación que unánimemente hace de ellas la doctrina, al distinguir entre infracciones gubernativas y disciplinarias. Pero al tratarlas en forma separada, permite al intérprete indagar sobre las razones de tal distinción, con lo cual no resulta aventurado llegar a sostener que entre ambas clases de infracciones administrativas hay diferencias que incluso alcanzan a los fines que una y otra persiguen.

86. En cuanto al factor que permite distinguir entre infracciones criminales y administrativas, el artículo 20 CPCh., pone de manifiesto que la diferencia radica en el órgano encargado de aplicar una y otra y, muy en especial, al tipo de atribuciones que se utilizan al imponerlas. Así, la disposición señala que son penas ad-

ministrativas las que se aplican en virtud de atribuciones gubernativas o disciplinarias. Por el contrario, son penas criminales las que se imponen en virtud de facultades jurisdiccionales.

Ello permite colegir que a la luz del artículo 20 CPCh., y en plena consonancia con las normas constitucionales, las penas criminales pueden ser aplicadas tanto por un tribunal de aquellos que integran el Poder Judicial, como por un órgano de la Administración que ha sido elevado a la categoría de tribunal. Por el contrario, las penas administrativas pueden ser aplicadas tanto por la Administración, que puede actuar en el ámbito de lo gubernativo y de lo disciplinario, como por los propios tribunales, los cuales también pueden ejercer facultades disciplinarias.

87. La diferencia que separa a las penas criminales y a las administrativas es de orden cuantitativo, lo cual impide aplicar sanciones de ambos tipos frente a un mismo hecho ilícito. Entre infracciones criminales y disciplinarias, en cambio, existen diferencias que llegan incluso a la naturaleza de ambas, lo cual permite hacer efectiva la responsabilidad criminal y la administrativa conjuntamente frente a un mismo hecho. Por este motivo, aparece de manifiesto la importancia de que el artículo 20 CPCh haya distinguido claramente entre estas dos formas de infracción administrativa.

88. La calificación de una infracción como criminal o administrativa tiene mucha importancia para los efectos de determinar las normas substantivas que rigen el juzgamiento y castigo de una y otra. El artículo 20 CPCh, al excluir del ámbito criminal a las infracciones administrativas, explícitamente impide que las normas de ese cuerpo legal se apliquen respecto de aquéllas. Sin embargo, esta exclusión no dice relación con las normas que consagran los principios rectores del Derecho Penal —legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, prescripción—, todos los cuales son aplicables al juzgamiento de las infracciones administrativas. La inaplicabilidad de las normas del Código Penal se refiere sólo a aquellas disposiciones de orden secundario que tengan una vigencia restringida al ámbito criminal, sin tener incidencia en materias propias de otras ramas del Derecho, como ocurre con aquellos principios rectores cuya vigencia está íntimamente vinculada al respeto de las garantías que consagra la Constitución.