

Constitución y Derecho Administrativo Sancionador

Día 2 – Panel 2

Tabla de contenido

I. Definiendo matices: hacia la constitucionalización de los principios de derecho administrativos sancionador	3
Nueva Constitución, una gran oportunidad	3
La importancia de no constitucionalizar todo	4
Beneficios de la consagración constitucional.....	5
Establece las bases del sistema administrativo sancionador.....	5
Fija criterios de valoración de la actividad administrativa.....	5
Confiere seguridad y certeza jurídica.....	6
Problemática de diferenciar entre sanciones administrativas y medidas adoptadas en el ejercicio de la actividad de policía.....	6
Hacia una propuesta de regulación	7
II. La relación entre las sanciones administrativas y las sanciones penales: su proyección en una nueva constitución	9
Introducción	9
Sanciones administrativas y sanciones penales: rasgos comunes y diferenciadores	10
El concepto de sanción y sus propiedades o elementos.....	10
Rasgos comunes y diferenciadores de las sanciones administrativas y penales	11

III. Principio de Motivación de los Actos Públicos: Reconocimiento expreso en un nuevo texto constitucional 19

I. DEFINIENDO MATICES: HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVOS SANCIONADOR

Diego Andrés Molina Conzué

Nueva Constitución, una gran oportunidad

Como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, el *ius puniendi* del Estado tiene una vertiente penal y otra administrativa. Respecto a esta última son aplicables, con matices, los principios constitucionales de orden penal. El gran problema, con todo, es que la mencionada Magistratura Constitucional no se ha pronunciado de forma ordenada y clara respecto a cuáles son dichos matices.

En tal orden de ideas, observamos que la doctrina nacional, a la luz de diversas sentencias y normas específicas, ha dado cuenta del sentido de dichos alcances, delineando, de esta forma, los principios sustantivos y procedimentales propios del derecho administrativo sancionador.

Con todo, la redacción de una nueva Constitución ofrece una importante oportunidad para la incorporación expresa de principios aplicables a tan importante actividad de la administración del Estado.

Al efecto, nuestra ponencia se dividirá en cuatro grandes apartados. En el primero de ellos abordaremos la importancia de no tener pretensión de que el texto de la nueva Constitución regule hasta el más mínimo detalle los diversos aspectos de derecho administrativo sancionador. En el segundo lugar, por su lado, daremos cuenta de los beneficios que aporta contar con una regulación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador. En un tercer apartado abordaremos las problemáticas que pudieran surgir respecto a la consagración de los principios del derecho administrativo sancionador y las medidas de policía general. Finalmente, en el cuarto apartado daremos cuenta de la consagración que,

a nuestro juicio, debiesen tener los principios del derecho administrativo sancionador en el nuevo texto constitucional.

La importancia de no constitucionalizar todo

Bien es sabido que la Constitución Política de la República, al ser el texto fundante de la organización jurídico-política de una sociedad, no puede pretender regularlo todo. En efecto, si bien el texto constitucional es el instrumento fundamente del ordenamiento jurídico nacional, estableciendo un contenido mínimo y esencial, especialmente a nivel de principios o bases, le corresponde al legislador, primero, y a las diferentes autoridades con potestad reglamentaria, luego, su desarrollo y detalle.

En tal sentido, y si bien, como se señalará, resultará de gran utilidad el establecimiento a nivel constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador, ya sea de forma separada de los principios penales, o bien conjuntamente con estos, aunque con las prevenciones necesarias, planteará diversas dificultades pretender que en el texto constitucional queden reflejados de forma rígida. En efecto, es necesario que la consagración de dichos principios confiera un margen de apreciación para el legislador. De este modo, es posible identificar dos posibilidades. La primera de ella es mediante una remisión expresa, esto es, a través de las fórmulas “en la forma que establezca la ley”, “salvo las excepciones legales”, “sin perjuicio de los demás casos establecidos por el legislador”, etc. La segunda de ellas, en cambio, supone una regulación que emplee términos o conceptos jurídicos amplios cuya definición y alcance será fijado por el legislador, sin perjuicio de la actividad judicial que a su respecto tenga lugar.

Sobre el particular somos de la idea que ambas posibilidades de regulación son posibles. No obstante, dependerá de cada principio en específico. En otras palabras, corresponderá analizar si es que el principio en específico requiere o no una remisión a una norma infraconstitucional. Con todo, somos de la idea que es

conveniente una remisión expresa al legislador, a efecto de delimitar su ámbito competencial.

Beneficios de la consagración constitucional

Respecto a la consagración de los principios propios del derecho administrativo sancionador a nivel constitucional, podemos identificar los siguientes beneficios:

Establece las bases del sistema administrativo sancionador

Sin lugar a duda uno de los mayores beneficios de la consagración constitucional de los principios propios del derecho administrativo sancionador, es el hecho de que se podrá contar con las bases o lineamientos fundamentales que permitirán estructurar las diferentes facultades que se conferirán a los organismos de la Administración, así como los procedimientos que les regirán y las sanciones que podrán aplicar.

Al efecto, dichas bases permitirán orientar y valorar la actividad del legislador, el cual deberá ajustar su actividad a tales parámetros.

Por otro lado, dichos principios constituirán derechos mínimos que le asistirán a todos los particulares, permitiendo su defensa ante el actual estatal.

Fija criterios de valoración de la actividad administrativa

Desde otra perspectiva, la consagración de principios específicos del derecho administrativo sancionador permitirá a los jueces contar con criterios de revisión y valoración de la actividad de los órganos administrativos.

En el mismo sentido, ello permitirá tener a la uniformidad de los criterios de revisión, evitando decisiones contradictorias. Lo anterior, además, conferirá mayores grados de seguridad y certeza jurídica respecto de la actividad administrativa, sin perjuicio de los espacios de discrecionalidad que el legislador establezca.

Con todo, y dependiendo de la densidad regulatoria con que los principios se consagren, la autoridad judicial, en menor o mayor medida, colaborará su desarrollo y entendimiento.

Confiere seguridad y certeza jurídica

Mirado desde el particular, resulta especialmente útil que se establezca un “núcleo duro” de principios administrativos sancionadores en la Constitución, tanto en cuanto dichos principios, junto con constituir verdaderas garantías en beneficios de los particulares, confieren seguridad y certeza respecto de la actividad que debe desarrollarse por parte de la Administración.

Problemática de diferenciar entre sanciones administrativas y medidas adoptadas en el ejercicio de la actividad de policía

Si bien mucho se ha discutido sobre las sanciones administrativas, poco se ha tratado respecto de las medidas de policía adoptadas por la Administración y que, siendo lesivas, restrictivas o limitadoras de derechos, no constituyen sanciones administrativas.

En efecto, nos encontramos ante un grupo de medidas que no tienen por finalidad la represión de comportamientos que hayan infringido deberes, prohibiciones o imperativos, pero que, pese a lo anterior, tienen un contenido desfavorable para el particular. A modo ejemplar podemos mencionar medidas urbanísticas y ciertos casos de expulsiones de extranjeros.

A este respecto es posible mencionar que, conforme al estado actual de la cuestión, es menester distinguir entre principios sustantivos y principios procedimentales. Respecto a los segundos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el concepto de sanciones administrativas debe ser interpretado de forma amplia, de modo que estas medidas quedan cubiertas por los principios propios del derecho administrativo sancionador. El problema, con todo, persiste respecto de la aplicación de los principios sustantivos.

En efecto, al respecto es dable entender que este grupo de medidas requiere un tratamiento especial, atendiendo su carácter lesivo respecto de la esfera de derechos del particular.

Conforme a lo anteriormente señalado, y sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho administrativo, y derecho público en general, estimamos que es conveniente que la jurisprudencia examine y adecue, caso a caso, la pertinencia de la aplicación de los principios constitucionales de derecho administrativo.

Hacia una propuesta de regulación

Conforme a lo ya señalado, y como hemos dicho, la existencia de una nueva Constitución constituye una gran oportunidad a efecto de regular un área tan importante de la actividad de la Administración del Estado como lo es el establecimiento de las bases del derecho administrativo sancionador mediante la regulación de sus principios.

Mediante su establecimiento se podrá avanzar en la configuración de una rama del derecho autónoma, que pueda responder a las diversas necesidades requeridas por las áreas que regula. En efecto, la actividad sancionadora de la Administración del Estado puede verse presente en áreas de desarrollo de importantes actividades económicas, motivo por el que el hecho de que los particulares cuenten con un conjunto de garantías claras y mínimas resulta de gran importancia.

A continuación, exponemos nuestra propuesta de regulación.

Artículo. Principios del derecho administrativo sancionador. La actividad sancionadora del Estado se regirá por los siguientes principios:

- a) *Principio de legalidad sancionatoria. Sólo por medio de una ley se puede conferir a un órgano o autoridad administrativa de potestades sancionatorias.*

- b) *Principio de reserva legal. Sólo corresponde al legislador la tipificación de infracciones administrativas y sus respectivas sanciones.*
- c) *Principio de tipicidad sancionatoria. Sólo serán sanciones aquellas conductas, activas u omisivas, que la ley haya previsto expresamente de forma previa a su comisión. Con todo, los reglamentos podrán desarrollar aquellos aspectos no contemplados en las normas legales correspondiente.*
- d) *Principio de culpabilidad. La ley no podrá presumir de derecho la comisión culposa o dolosa de una infracción administrativa.*
- e) *Principio de proporcionalidad. La aplicación de una sanción administrativa será acorde a la gravedad de la infracción cometida, la intención de su comisión y los demás antecedentes y criterios establecidos por el legislador.*
- f) *Principio de non bis in ídem. En caso alguno una persona podrá ser sancionada por un mismo hecho dos veces, en la medida que dichas sanciones tengan el mismo fundamento.*
- g) *Debido procedimiento administrativo sancionador. Toda sanción administrativa será resultado de un procedimiento previo legalmente tramitado. En él se debe garantizar la bilateralidad de la audiencia, el derecho a defensa, así como la posibilidad de interponer los recursos administrativos y judiciales en la forma que establezca la ley.*

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LAS SANCIONES PENALES: SU PROYECCIÓN EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Emilio Boutaud Scheuermann*

Introducción

En los próximos meses entrará en funcionamiento la Convención Constitucional, órgano encargado de elaborar una propuesta de nueva Constitución. Al interior de dicho órgano se debatirán diversas materias, entre ellas, las vinculadas al derecho administrativo, por ejemplo, el derecho a una buena administración, la responsabilidad del Estado, la potestad expropiatoria y la potestad sancionadora de la Administración.

Precisamente, tratándose de la potestad sancionadora, probablemente se discuta la necesidad de incorporar una o más disposiciones constitucionales que hagan referencia a la misma y a sus límites, tal como lo hace la Constitución española en sus artículos 25 y 45.3. Actualmente, a diferencia de otras potestades o asuntos administrativos, la Constitución de 1980 no hace una referencia expresa a las sanciones administrativas. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que se hayan aplicado «con matices» preceptos constitucionales referidos a las penas, por ejemplo, los incisos 7, 8 y 9 del artículo 19 número 3, a las sanciones administrativas. La razón: las penas y las sanciones administrativas tendrían un común origen (teoría del *ius puniendi* único), por tanto, deberían someterse a unos mismos principios o límites.

Dentro del debate relativo a la constitucionalización de la potestad sancionadora, resultarán relevantes diversos factores, por ejemplo, la relación entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, asunto sobre el que se han

* Abogado. Doctorando en derecho Universidad Austral de Chile. Título de la investigación doctoral: “La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas”.

planteado básicamente cuatro teorías (cualitativas, cuantitativas, formales y mixtas). El presente trabajo tiene como objetivo (i) identificar las similitudes y las diferencias entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, y, luego, con base en ellas, (ii) discutir la necesidad de someterlas a unos mismos principios establecidos en un nuevo texto constitucional. Como hipótesis se sostendrá que, al haber solamente diferencias formales y cuantitativas entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, ambas deberían regularse en un mismo precepto constitucional y someterse a un conjunto de principios básicos.

Sanciones administrativas y sanciones penales: rasgos comunes y diferenciadores

El concepto de sanción y sus propiedades o elementos

La sanción no constituye un elemento exclusivo del derecho administrativo, sino que es transversal a todas las áreas del derecho (penal, laboral, tributario, etc.). Por ello, la noción de sanción forma parte del grupo de los conceptos jurídicos básicos. En esa línea, desde la teoría del derecho, se han identificado las propiedades o elementos que debe reunir una determinada medida para ser calificada como sanción. Por ejemplo, a la luz de los planteamientos de Hart, la sanción puede caracterizarse como la irrogación de dolor o consecuencias desagradables, impuesta por una autoridad constituida por el ordenamiento jurídico, a una persona que ha cometido una infracción o ilícito.

A partir de este concepto genérico de sanción, es posible extraer las propiedades o elementos de la misma, a saber:

1. Un mal o perjuicio impuesto como reproche.
2. Una autoridad competente.
3. Un sujeto responsable.
4. Un ilícito.

En consecuencia, tanto las sanciones administrativas como las sanciones penales comparten estas propiedades o elementos. A continuación, con base en estos elementos, se expondrán las similitudes y las diferencias entre ambas sanciones.

Rasgos comunes y diferenciadores de las sanciones administrativas y penales

El mal o perjuicio impuesto como reproche

Tanto la imposición de sanciones administrativas como de sanciones penales causa directa y deliberadamente un menoscabo en la esfera jurídica de sus destinatarios. Este mal o perjuicio expresa la desaprobación que merece la conducta ilícita atribuible (directa o indirectamente) al sancionado. El menoscabo consiste básicamente en la privación o restricción de los derechos del sancionado o en la imposición a su respecto de la obligación de pagar una suma de dinero.

Además, ambas sanciones presentan otro rasgo común: su finalidad. En efecto, desde un punto de vista descriptivo, dependiendo el delito o la infracción administrativa, tanto las sanciones penales como las sanciones administrativas persiguen mayormente una finalidad preventiva general negativa o disuasoria y una finalidad preventiva especial negativa o incapacitante. Es decir, aunque ambas sanciones suponen la irrogación de un mal o perjuicio a un sujeto responsable, su aplicación se justifica en términos prospectivos, no retrospectivos.

La finalidad disuasoria de ambas sanciones queda en evidencia, por un lado, al constatar el sostenido incremento de las penas en el derecho chileno y las cuantiosas multas que se pueden imponer a los administrados, sobre todo, en materias de orden público económico (servicios básicos, mercado financiero, etc.). Por otro lado, esta finalidad disuasoria ha quedado expresamente consignada durante la tramitación de iniciativas legales que han incrementado las penas y las multas administrativas, por ejemplo, en materia de libre competencia.

En tanto que la finalidad incapacitante de las sanciones penales y de las sanciones administrativas se refleja en la aplicación de sanciones cuyo objetivo es impedir que un transgresor vuelva a cometer un delito o una infracción administrativa. En materia penal se procura alcanzar esta meta a través de la imposición de sanciones como el presidio perpetuo calificado (que importa la privación de libertad de por vida del condenado) o la inhabilitación absoluta o perpetua para desempeñar ciertos cargos, empleos, oficios o profesiones. A su vez, en el ámbito administrativo, con miras a incapacitar al infractor, se pueden aplicar sanciones como la inhabilitación perpetua o la revocación de una resolución, permiso, licencia o autorización administrativa.

Sin perjuicio de estas similitudes, también es posible apreciar diferencias entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Sobre este asunto se han planteado básicamente cuatro teorías: (i) las teorías cualitativas según las cuales existirían diferencias ontológicas, sustanciales o estructurales entre las sanciones penales y las sanciones administrativas, ya que solo las primeras privarían de su libertad al infractor; (ii) las teorías cuantitativas en virtud de las cuales las sanciones penales serían más graves que las sanciones administrativas; (iii) las teorías formales conforme a las cuales las diferencias entre las sanciones penales y las sanciones administrativas no son cualitativas ni cuantitativas, sino que residen en los órganos competentes para imponerlas; y, (iv) las teorías mixtas cuyo postulado es que las diferencias entre las sanciones penales y las sanciones administrativas son cualitativas (contenido de la sanción) cuantitativas (gravedad o duración de la sanción) y formales (órganos competentes). Si bien cada una de estas posiciones es susceptible de recibir objeciones, es innegable que se presenta una diferencia formal entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Más allá de ello, como se expondrá a continuación, una reformulación de la teoría cuantitativa, es la que mejor da cuenta de las diferencias entre las sanciones penales y las sanciones administrativas. Para evidenciar estas diferencias se atenderá al contenido de ambas sanciones.

A grandes rasgos, a partir de su contenido, esto es, del derecho afectado por la sanción, es posible identificar tres tipos de sanciones penales y administrativas: (i) las sanciones privativas o restrictivas del derecho a la libertad personal y seguridad individual, por ejemplo, el presidio; (ii) las sanciones privativas o restrictivas de derechos patrimoniales (propiedad, libertad de empresa, etc.), por ejemplo, las inhabilidades, las multas y el comiso o decomiso; y, (iii) las sanciones no privativas ni restrictivas de derechos, por ejemplo, las amonestaciones. Todas estas sanciones pueden ser impuestas, en mayor o menor medida, tanto en sede penal como en sede administrativa.

En lo que respecta a las sanciones privativas o restrictivas de la libertad personal, en el derecho administrativo sancionador, salvo en materia migratoria, no se contemplan este tipo de sanciones. Eso sí, subsidiariamente se puede privar de su libertad al infractor que, dentro del respectivo plazo, no hubiere pagado una multa administrativa, aspecto que ya ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional. En cambio, en el derecho penal, este tipo de sanciones constituyen una frecuente e intensa afectación de derechos fundamentales, pues no solo limitan la libertad de movimiento de sus destinatarios, sino que también afectan el ejercicio de otros derechos. Precisamente, tomando en consideración estos factores, es posible afirmar que las penas privativas de libertad resultan cuantitativamente más graves que las sanciones administrativas, y expresan un mayor reproche para sus destinatarios.

En relación con las sanciones privativas o restrictivas de derechos patrimoniales, no es posible afirmar que las sanciones administrativas siempre resulten cuantitativamente menos graves que las sanciones penales. El propio Código Penal lo permite así en su artículo 501. Por ejemplo, algunos atentados al mismo o similar bien jurídico llevan aparejados como sanción la aplicación de una multa administrativa cuya cuantía es superior a la de la multa penal. No obstante, la diferencia entre ambas sanciones seguirá siendo cuantitativa si se considera otro parámetro graduable (adicional a la gravedad de la sanción), a saber, el reproche

social. En efecto, aunque la gravedad de la sanción administrativa sea mayor, menor o igual que la de una sanción penal, tanto el desvalor de la conducta como el reproche social que antecede a su aplicación serán siempre menores. Lo mismo ocurre con las sanciones penales y administrativas no privativas ni restrictivas de derechos. Es decir, respecto de esas sanciones administrativas el reproche social será menor que si se tratara de una sanción penal.

Por último, otra diferencia entre las sanciones penales y las sanciones administrativas se refiere a los efectos que producen. La sola imputación de un crimen o simple delito produce consecuencias adversas para el honor y otros derechos del imputado, por ejemplo, la pérdida de su empleo o la suspensión del derecho de sufragio (artículo 16 número 2 Constitución). Una vez ejecutoriada la sentencia que impone una pena, el sentenciado es incorporado al registro general de condenas penales, incorporación que, entre otros efectos, le impide tener una irreprochable conducta anterior. En el ámbito administrativo la situación es distinta, ya que la tramitación de un procedimiento sancionador no produce un efecto estigmatizador (comparable con el del proceso penal). Asimismo, la incorporación en un registro de sancionados es más bien excepcional.

La autoridad competente

La intervención de una autoridad competente es uno de los rasgos diferenciadores de las sanciones jurídicas. Las autoridades competentes para imponer sanciones administrativas son diversas a los tribunales que aplican sanciones penales. Estas últimas son impuestas por los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal. En cambio, las sanciones administrativas son aplicadas directamente por la Administración o por tribunales de justicia (por ejemplo, los juzgados de policía local o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). En consecuencia, en este punto se presenta una diferencia formal entre las sanciones administrativas y las sanciones penales.

Asimismo, es posible identificar otra diferencia formal entre las sanciones administrativas y las sanciones penales: la selectividad en su persecución. En materia penal rige, por regla general, un principio de legalidad. En virtud de este principio, cuando el Ministerio Público tome conocimiento de un hecho delictivo debe iniciar y promover la persecución penal, pudiendo suspenderla, interrumpirla o cesarla solo en los casos previstos en la ley (artículo 166 inciso segundo Código Procesal Penal). Es decir, la procedencia del principio de oportunidad, regulado expresamente en el artículo 170 del Código Procesal Penal, es más bien restringida. El principio de oportunidad solo es aplicable respecto de delitos que, copulativamente, (i) no comprometieren gravemente el interés público, (ii) tuvieran asignada una pena no superior a 540 días de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, y, (iii) no fueren cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En cambio, en materia administrativa, aunque no se encuentra regulado de manera general, el principio de oportunidad resulta plenamente vigente en la práctica. En efecto, no todas las infracciones administrativas son efectivamente perseguidas y sancionadas, debido a la discrecionalidad con que cuentan los órganos administrativos y a sus limitaciones, por ejemplo, en cuanto a la cantidad de personal fiscalizador.

Sin perjuicio de estas diferencias, es posible apreciar algunas semejanzas formales entre las sanciones administrativas y las sanciones penales: (i) la tramitación de un procedimiento contradictorio previo, y, (ii) la emisión de una resolución motivada.

Tratándose de las sanciones administrativas, la Ley 19.880, de manera general y supletoria, garantiza un debido procedimiento, pues reconoce entre sus principios el de contradictoriedad y el de impugnabilidad (artículos 4, 10 y 15). El principio de contradictoriedad permite a los interesados, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Mientras que el principio de impugnabilidad permite a los mismos presentar recursos (administrativos o judiciales) en contra de la resolución sancionadora. En

el caso de las sanciones penales, la exigencia de un procedimiento previo (racional y justo) se concreta en el respeto de ciertos derechos del imputado, por ejemplo, el de defensa, el de guardar silencio y el de recurrir del fallo ante un tribunal superior.

Por último, respecto de ambas sanciones, el legislador estipula la exigencia de motivación fáctica y jurídica. La Ley 19.880, en sus artículos 11 inciso segundo y 41 inciso cuarto, regula el deber de motivar los actos administrativos, especialmente los desfavorables. Mientras que el Código Procesal Penal, en su artículo 342, menciona entre los requisitos de la sentencia definitiva: (i) la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, y, (ii) las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente los hechos y para fundar el fallo.

El sujeto responsable

Los sujetos responsables de las infracciones administrativas y de los delitos son las personas naturales y las personas jurídicas. Sin embargo, es posible identificar dos diferencias en este ámbito entre las sanciones administrativas y las sanciones penales: (i) la responsabilidad de las personas jurídicas, y, (ii) el carácter personal de la responsabilidad.

En cuanto a las personas jurídicas, estas organizaciones son frecuentemente sancionadas en el derecho administrativo. En cambio, en el derecho penal, las personas jurídicas, en general, no han sido sancionadas, ya que la responsabilidad de estas organizaciones solo procede respecto de un número acotado de delitos mencionados en el artículo 1 de la Ley 20.393.

A su vez, respecto al carácter personal de la responsabilidad, este es un aspecto discutible en el derecho administrativo sancionador, pues se prevén supuestos de responsabilidad solidaria y de responsabilidad subsidiaria. La responsabilidad solidaria presupone la comisión previa de una infracción administrativa, siendo necesario además, según algunas leyes, la participación del sancionado en la infracción, por ejemplo, un director de una persona jurídica.

Cumplidos estos requisitos, al responsable solidario puede exigírsele directamente el pago de la sanción previamente impuesta a otra persona, generalmente, una persona jurídica. A su vez, la responsabilidad subsidiaria, aunque supone la comisión de una infracción administrativa, no requiere de la participación del obligado y solo se hará efectiva en caso que el sancionado no hubiere pagado la multa que le fue impuesta. En cambio, en el derecho penal, salvo supuestos discutibles como la responsabilidad de las personas jurídicas, resulta más claro que la responsabilidad por un delito es estrictamente personal.

d) El ilícito

En términos generales, un ilícito penal o administrativo consiste en una (i) conducta (acción u omisión), (ii) contraria al ordenamiento jurídico, (iii) realizada por un sujeto responsable que podría haber actuado de otra manera. De esta definición fluyen los elementos básicos que una conducta debe reunir para ser calificada como delito o como infracción administrativa, a saber: (a) la tipicidad, es decir, la descripción de una acción u omisión en el antecedente de una norma que otorga competencia a una autoridad para imponer una sanción; (b) la antijuridicidad, esto es, la violación o contravención de una norma que impone un mandato o una prohibición; y, (c) la responsabilidad, en otras palabras, el reproche que se dirige a un sujeto responsable de la acción u omisión típica.

Ahora bien, aunque las infracciones administrativas y los delitos comparten los mismos elementos básicos, es posible identificar algunas diferencias entre ambos, pues el contenido de estos elementos no siempre es el mismo en un ámbito y otro.

En cuanto a la tipicidad de las infracciones administrativas, la gran mayoría de las conductas que llevan aparejadas una sanción administrativa no se encuentran ni exclusiva ni suficientemente descritas en la ley. En lugar de ello, la infracción de reglamentos, y el incumplimiento de resoluciones, órdenes e instrucciones de la autoridad administrativa, también es sancionada por la

Administración o por un tribunal de justicia. En cambio, en el derecho penal, aunque se presenta la problemática de las leyes penales en blanco, el nivel de precisión en la descripción de las tradicionales figuras delictivas (homicidio, lesiones, secuestro, etc.) es mayor.

En relación con la tipicidad subjetiva de las infracciones administrativas, en materia de culpa o imprudencia rige un sistema de *numerus apertus*. La culpa o imprudencia se ha transformado en el estándar subjetivo mínimo y de general aplicación debido a que los deberes de cuidado se encuentran positivizados, por ejemplo, en materia de tránsito. En cambio, en el derecho penal chileno el sistema de incriminación de la imprudencia es uno de *numerus clausus* imperfecto.

Respecto de la antijuridicidad material, la mayoría de las infracciones administrativas son de peligro abstracto, estadístico o presunto, por tanto, su desvalor ético es menor. La efectiva lesión o concreta puesta en peligro de un bien jurídico es una exigencia solo respecto de algunas infracciones administrativas. En cambio, en materia penal, por regla general, las infracciones penales para ser sancionadas requieren de la lesión o concreta puesta en peligro de un bien jurídico, por ende, su desvalor ético es mayor.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad, con independencia de su preciso contenido en el derecho administrativo sancionador, el reproche que antecede a la aplicación de una sanción administrativa es menor que el reproche que precede a una sanción penal.

III. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS: RECONOCIMIENTO EXPRESO EN UN NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL

La motivación es un principio general del derecho público el cual consiste en externalizar la norma atributiva que faculta a la autoridad para actuar, los presupuestos de hecho que habilitan su uso y la relación entre ambos, los cuales sirven para dar respaldo a la decisión adoptada y a su vez justificar el uso del poder, reafirmando su conformidad al ordenamiento jurídico y vigencia del Estado de Derecho. En cuanto a su relación con el acto administrativo, la motivación es, además, un elemento esencial del acto, que se relaciona con la competencia, requisito de validez de toda actuación pública, según lo señalado por el artículo 7 inciso 1° de la Constitución Política de la República.

El principio de motivación de los actos públicos tiene su **origen doctrinal** (más explícito y reconocido) en lo señalado por el jurista español Tomás - Ramón Fernández, en cuanto a que lo no motivado es por solo ese hecho arbitrario. Incluso, el mismo autor señaló que la motivación sería un principio, pero limitándolo al derecho administrativo. Pero incluso antes de Fernández, en Chile, en el año 1834, don Andrés Bello razonaba sobre la relación entre la motivación y la arbitrariedad. Bello reconocía que las sentencias judiciales carentes de motivación eran arbitrarias, incluso llegando a afirmar que la arbitrariedad era un atentado contra la ley. Posterior a Bello, el profesor Soto Kloss ha sostenido que la motivación sería un principio, al igual que Encina, pero nuevamente lo limitan al derecho administrativo. La Contraloría General de la República también ha sostenido que la motivación es un principio general del derecho administrativo (Dictámenes 30.176 de 1998 y 36.661 de 1999).

El principio de la motivación de los actos públicos **se deduce a partir de otros principios constitucionales**, como lo son el **principio de servicialidad** (artículo 1, inciso 4° de la Constitución Política de la República), el **principio**

democrático (artículo 4 de la Constitución Política de la República), **principio de legalidad** (artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República), **principio de responsabilidad** (artículo 6 inciso final y artículo 7 inciso final de la Constitución Política de la República), **principio de control** (artículo 76 de la Constitución Política de la República), **principios de razonabilidad y proporcionalidad** (artículos 6 y 7 de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19 N° 2, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19 N° 26), **principio de la seguridad jurídica** (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República), **principio de transparencia y publicidad y lenguaje claro** (artículo 8 de la Constitución Política de la República), entre otros. A partir de dichos principios se desprende que existe una obligación de motivar o fundamentar los actos de autoridad, ya sea que emanen de la función ejecutiva, legislativa o judicial. **Resulta evidente que la Constitución Política de la República no ha consagrado un principio expreso en cuanto a la motivación de los actos públicos.** Sin embargo, la interpretación progresiva y armónica de la Carta Política, así como el propio desarrollo doctrinario y jurisprudencial permiten encontrar los fundamentos de aquél en las citadas disposiciones. Ahora bien, esto no es algo nuevo o novedoso en nuestro Derecho, ya que, por ejemplo, muchos principios generales del Derecho Administrativo - aquellos que lo rigen hoy día- han sido recogidos por el legislador, no sin antes haber sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. El caso más palpable dentro de la tradición jurídica nacional es el de la evolución del principio de responsabilidad de la Administración del Estado. Otros ejemplos de lo que se señala son los principios de razonabilidad y proporcionalidad, seguridad jurídica, congruencia, interdicción a la arbitrariedad, buena administración, protección a la confianza legítima, cooperación, entre otros, los cuales no obstante no tener un reconocimiento expreso en el derecho positivo son ampliamente aceptados y aplicados por nuestros tribunales de justicia.

Por medio de los principios señalados se construye el principio de motivación de los actos públicos. Por ejemplo, en virtud del principio de legalidad en su vertiente

atributiva le está prohibido a la Administración actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o en exceso de poder (atentando contra la finalidad para la que le fue atribuida). Es precisamente en el primer caso, el del abuso en el ejercicio de potestades, el de la arbitrariedad, comprendidos dentro del principio de legalidad en sentido amplio, en que la Administración deberá motivar y señalar las razones de su actuación, despejando las posibles dudas de arbitrariedades.

Sin perjuicio de lo antes dicho, no solamente se deduce el principio de motivación de los actos públicos de una manera indirecta, por medio de la interpretación y aplicación de diversos principios constitucionales y administrativos, sino que, además, existen diversas normas en la Constitución Política de la República que reconocen expresamente, es decir de una manera directa, la obligación de motivar los actos públicos, entre ellas de una manera más trascendental el artículo 8 inciso 2°.

Así las cosas, **estamos en presencia de un principio general del Derecho Público en su sentido de pertenencia**, es decir que se encuentra y forma parte del derecho una vez ya producido, acepción más corriente y utilizada, tal como ocurrió en el Derecho Romano, en el cual los principios no eran siempre anteriores a la norma escrita, sino que más bien una recapitulación del derecho existente. De esta manera el principio de la motivación de los actos públicos actúa como un intento de racionalizar nuestro ordenamiento jurídico vigente, contribuyendo a su coherencia y la utilidad para llenar vacíos legales, que hacen que no sea necesario una norma expresa para sostener que la motivación es una obligación general para el Estado.

El principio de la motivación de los actos públicos encuentra su sustento en diversos principios constitucionales, por lo cual es aplicable a todo el derecho público y, en concreto, a todos los actos de autoridad, ya sean administrativos, legislativos o jurisdiccionales.

Es importante conectar la exigencia de la motivación con los principios generales del derecho público o principios propios del derecho administrativo, en el caso de los actos administrativos, ya que estos son los que mantienen una conexión directa con la motivación y la justifican sin que sea necesaria una norma expresa para que sea obligatoria. Los principios tratados en el capítulo III de este trabajo son el sustento Constitucional y jurídico- normativo del principio de la motivación de los actos públicos, lo que se complementa con las bases constitucionales y legales tratadas en el capítulo XI.

El poder público se encuentra en una situación de privilegio ante los particulares, por lo que para que no existan abusos es importante la observancia de la obligación de motivar los actos por parte del Estado, más cuando es posible usar la fuerza (legítima) para instar al cumplimiento y acatamiento de los actos de autoridad. La motivación permite expresar o explicitar el razonamiento que ha tenido la autoridad para decidir una cosa en un sentido determinado, sirviendo como justificación para lo decidido. La motivación es una obligación para el Estado y un derecho para las personas, que les sirve como una protección de sus derechos individuales, ya que les permite conocer de una manera efectiva y real los antecedentes, razones de hecho y de derecho que justifiquen la dictación de un acto en un determinado sentido, despejando toda duda de un actuar arbitrario. La motivación actúa como una garantía para el particular frente a la decisión del Estado, es decir, un derecho para el administrado.

Las principales funciones o finalidades que se le atribuyen a la motivación son de carácter intraprocesal y extraprocesal, para recurrir de las resoluciones de la autoridad, ya sea en sede administrativa o judicial y para permitir el control público o ciudadano respecto de ellas.

En nuestro país hasta acá es posible identificar dos etapas en relación con la motivación. La primera etapa caracterizada por la ausencia o excepcionalidad de la motivación de los actos administrativos y, la segunda, la de su aplicación general,

aunque no respecto a todos los actos administrativos y menos respecto a todos los actos públicos. La motivación es un principio general del derecho público y que, por lo tanto, obliga a todas las autoridades del Estado, por lo que la excepcionalidad es la de no motivar sus actos, cuando exista norma expresa que así lo disponga y la regla general es la de su cumplimiento. De esta obligación emerge el derecho de las personas para reclamar jurisdiccionalmente los actos arbitrarios o ilegales por vicio de falta (o insuficiencia) de motivación.

En el marco de la redacción de un proyecto de un nuevo texto constitucional se hace imperioso y oportuna la inclusión del principio de motivación de los actos públicos de manera expresa, despejando cualquier duda de su aplicación en el ámbito administrativo, judicial y legislativo.

Finalmente, ningún acto del Estado puede prescindir de la motivación.