

Hacia una objetivización del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas

Towards an objectification of the proportionality principle in the judicial review of administrative sanctions

José Miguel Valdivia Olivares*
Tomás Patricio Izquierdo Serrano**

El control judicial de la determinación y cuantificación de las sanciones administrativas a través del principio de proporcionalidad ha adquirido relevancia práctica en el derecho chileno. Su aplicación, no obstante, denota cierta insuficiencia de criterios objetivos, arriesgando la eficacia del régimen sancionatorio. Este trabajo pretende identificar parámetros dotados de cierta objetividad que, sin obviar su importancia, permitan racionalizar el empleo del principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Sanciones administrativas, Principio de proporcionalidad, Discrecionalidad administrativa.

The “proportionality principle” has acquired relevance in the judicial review of administrative sanctions in Chilean Law. Its application, however, denotes a certain insufficiency of objective criteria, which entails some risks. This paper aims to identify parameters endowed with a certain objectivity that, without ignoring its importance, allow rationalizing the judicial use of this principle.

Keywords: Administrative sanctions, Proportionality, Administrative discretion.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad París II: Panthéon-Assas, Francia. Correo electrónico: jmvaldivia@derecho.uchile.cl. Dirección postal: Avenida Santa María 200, Providencia, Santiago de Chile.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Correo electrónico: tomas.izquierdo@derecho.uchile.cl. Dirección postal: Avenida Santa María 200, Providencia, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 20 de marzo de 2023 y aceptado el 15 de junio de 2023.

Introducción

Durante los últimos años, el principio de proporcionalidad se ha transformado en uno de los más utilizados instrumentos de control de las sanciones administrativas. Los tribunales emplean comúnmente este principio, ya sea para anular, ya sea para modificar la cuantificación y determinación de las sanciones impuestas por la administración, sobre todo aquellas de naturaleza pecuniaria.

De una primera observación de la jurisprudencia se echa en falta la utilización de criterios objetivos que respalden el control de las sanciones a través del principio de proporcionalidad. Esta falta de objetividad, que fluye de la indeterminación conceptual del principio, supone algunos riesgos; puede pasar a llevar el adecuado desempeño de las potestades sancionadoras de la administración, donde la discrecionalidad administrativa cumple un rol fundamental.

Con fundamento en las bases conceptuales del principio de proporcionalidad y en la dogmática del derecho administrativo, pretendemos aportar en la construcción de criterios objetivos de aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria. El propósito consiste en descubrir pautas dotadas de alguna objetividad, que resulten consistentes con la funcionalidad de las potestades sancionatorias de la administración.

Este trabajo se dividirá en cinco partes. En primer lugar, se hará referencia a los orígenes del principio de proporcionalidad (I). A continuación, se esbozarán aspectos teóricos sobre el principio (II). En seguida, se abordarán las especificidades que reviste el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, sobre todo en el derecho administrativo sancionador (III). Luego, se propondrán criterios que pretenden contribuir a la objetivización del principio (V), previa enunciación de los problemas que su aplicación muestra en la actualidad (IV). Por último, se referirán algunos casos recientes resueltos por la Corte Suprema que muestran tendencias novedosas (VI). Por último, se formularán algunas conclusiones.

I. Orígenes del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad emana de la filosofía política liberal, reinante en el derecho occidental desde el siglo XIX. La expresión jurídica primaria del principio de proporcionalidad se puede encontrar en el surgimiento prístino del derecho penal. Ya en el siglo XVII, Beccaria sostenía que “Mientras más se opongan los delitos al bien común, y mayor sean los incentivos para cometerlos, mayores deben ser los obstáculos que lo impidan. Este principio establece la necesidad de una proporcionalidad entre los delitos y las penas”¹. Subyace a estos primeros planteamientos la idea de que un poder del Estado –a lo menos en su versión punitiva– cuya intensidad debe ajustarse a la gravedad de las afrentas que pretende castigar.

¹ La cita fue desprendida de BERNAL 2015, 245.

Con el paso de los años, el principio de proporcionalidad penal ha ido adquiriendo matices y ha sido escenario de sofisticadas discusiones doctrinales. Es posible señalar que hoy en día el principio integra la dogmática penalista en todas sus versiones, desde las más canónicas a las más disruptivas. La doctrina del derecho penal nacional ha caracterizado al principio de proporcionalidad como una máxima que dispone, en términos generales, una correspondencia “de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor”². El principio de proporcionalidad consiste en un mandato que obliga al legislador y al juez a prescribir e imponer penas que se correspondan tanto con la dañosidad social del hecho punible como con su reprochabilidad.

En su conceptualización penalista, el principio de proporcionalidad parece estar revestido de cierta rigidez. Aunque esta inflexibilidad parece insoslayable –sobre todo, como veremos, al contrastarlo con el principio de proporcionalidad en materia administrativa– alguna literatura ha contribuido a morigerarla. Andrew von Hirsch, importante teórico en la materia, a partir de la distinción entre la proporcionalidad *ordinal* y *cardinal*, contradice la comprensión rígida que preside el entendimiento del principio en el derecho penal. A su juicio, una concepción tendiente a convertir los postulados del principio en una fórmula exacta “presupone una suerte de intuicionismo heroico, en que se puede ‘ver’ el castigo que diversos crímenes merecen. Nadie, sin embargo, parece tener intuiciones tan iluminadoras”³. Von Hirsch comprende que no es posible predefinir con precisión la reprimenda punitiva que cada acción delictiva tiene asociada. Estas críticas de von Hirsch demuestran que, aun en el derecho penal, el principio de proporcionalidad admite algún grado de maleabilidad; además, da cuenta de la imposibilidad de disponer un listado perfectamente tasado de respuestas jurídicas a las infracciones de la ley.

La relación entre el principio de proporcionalidad y el derecho administrativo es también de larga data. La historia del derecho administrativo identifica el origen de este principio en el derecho germánico del Siglo XIX. Como explica un autor, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano “constantemente invocaba la violación al principio de proporcionalidad como razón para anular medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales de manera excesiva”⁴.

A lo largo de los años, la vinculación entre la proporcionalidad y el derecho administrativo ha crecido en relevancia, como consecuencia de la proliferación de principios jurídicos limitativos de la acción del Estado propugnada por el constitucionalismo de posguerra. La coyuntura (traumática) de media-

² POLITOFF et al. 2003, 71.

³ VON HIRSCH, 1992, 76.

⁴ BERNAL 2015, 247.

dos del siglo XX propició una revitalización del liberalismo y de los principios jurídicos que de él surgen. Se instala la idea de que el Estado, que asume en Europa un rol social relevante, debe ser celosamente controlado. La acción estatal limitativa de derechos es vista, si no con recelo, con precaución, y los principios jurídicos ayudan a crear barreras contra sus posibles excesos.

La importancia de la proporcionalidad en el derecho administrativo se expresa con especial fuerza en el derecho alemán, ordenamiento paradigmático en lo que se refiere a la revigorización de los derechos constitucionales⁵. Como explica Barnés, en el derecho público alemán el principio de proporcionalidad “ha adquirido carta de ciudadanía en todos los manuales y tratados”⁶. Si bien la proporcionalidad no tiene reconocimiento constitucional explícito, en la actualidad no se discute su incorporación en cláusulas generales de la Ley Fundamental de Bonn, como la cláusula del Estado de derecho; e incluso en la noción de justicia material que, conforme a la doctrina, recorre la totalidad del texto constitucional⁷.

El principio de proporcionalidad ha calado en las normativas comunitarias y, en seguida, en los sistemas jurídicos de las diversas naciones europeas continentales⁸. Como explica Ruffert, la proporcionalidad constituye uno de los más ilustrativos ejemplos de importación (desde Alemania) y subsecuente exportación (hacia al resto de sistemas) de instituciones jurídico-administrativas a través del derecho transnacional⁹. Este trasplante jurídico¹⁰ se aprecia con mucha claridad, por ejemplo, en el derecho español. En la actualidad, son muchos los ordenamientos jurídicos que utilizan el principio de proporcionalidad como herramienta de control de la actuación administrativa.

II. Bases teóricas del principio de proporcionalidad

El propósito central del principio de proporcionalidad consiste en “la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos”¹¹. De este objetivo genérico puede desprenderse la transversalidad del principio de proporcionalidad en las distintas ramas del derecho que involucren acciones del Estado potencialmente gravosas para los particulares. Tal extensión permite concebirlo como un “principio general del derecho”,

⁵ WAHL 2013, 32 y ss.

⁶ BARNÉS 1994, 499.

⁷ BARNÉS 1994, 501.

⁸ La Carta Europea de Derechos Humanos dispone que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (Art. 52).

⁹ RUFFERT 2007, 44-45.

¹⁰ Idea propia del derecho comparado. Véase, a propósito, BACKENKÖHLER 2019.

¹¹ ARNOLD et al. 2012, 68.

catalogación que la doctrina, más o menos reflexivamente, le ha otorgado¹². Su observancia parece, pues, predicable de todo órgano público.

El principio de proporcionalidad, en términos teóricos y pragmáticos, es más que un principio orientador o finalista¹³. Se trata de un mecanismo orientado a conjurar e incluso suprimir excesos en que la autoridad pueda caer.

Por cierto, para funcionar correctamente, este mecanismo requiere de esquemas de razonamiento que permitan identificar estos excesos y luego corregirlos. La más conocida e influyente explicación del principio de proporcionalidad (a lo menos en nuestro medio, y posiblemente en el resto de países de habla hispana) la provee la obra de Robert Alexy. Las ideas de Alexy han adquirido un reconocimiento general en buena parte de los sistemas jurídicos occidentales, siendo su explicación de común utilización en los ordenamientos latinoamericanos¹⁴, incluido Chile¹⁵.

Alexy trifurca el principio de proporcionalidad en grandes test. Se trata de los test de idoneidad (o adecuación), el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, que revisaremos brevemente. En primer lugar, el test de idoneidad. Se trata de un mecanismo consistente en excluir “la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”¹⁶. Así, un medio solo será admisible si sirve para favorecer (de algún modo, incluso el más mínimo)¹⁷ el fin para el cual ha sido dispuesto. En segundo lugar, el test de necesidad. Esta máxima exige que “entre dos medios igualmente idóneos respecto a un [fin] deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo” respecto del principio o bien jurídico sacrificado¹⁸. Así, “si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra”¹⁹. Por último, el test de proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en la célebre ley de la ponderación. Este test, a diferencia de los otros dos (que analizan la comparación entre dos grandes valores en función de un mismo principio) se vincula a la colisión de diversos principios –típica pero no necesariamente constitucionales– entre sí. La ley de la ponderación proclama que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia

¹² Sobre la operatividad de los principios generales del derecho en el derecho administrativo, véase GARCÍA DE ENTERRÍA 1984.

¹³ Sobre la comprensión del principio (y, sobre todo, de la máxima de ponderación) en términos finalistas, véase, en general, Rodríguez de Santiago 2000.

¹⁴ ATIENZA 2016, 20.

¹⁵ Conforme a una búsqueda preliminar, es posible identificar 237 sentencias del Tribunal Constitucional y 10 de la Corte Suprema que lo citan expresamente. Fuente: https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2/Robert+Alexy

¹⁶ ALEXY 2011, 13.

¹⁷ GARCÍA AMADO 2009, nota 13.

¹⁸ ALEXY 2011, 14.

¹⁹ ALEXY 2011, 14.

de la satisfacción del otro”²⁰. La ponderación supone un ejercicio de razonamiento sofisticado –cerca a la filosofía analítica, y con cierta pretensión aritmética– que permite definir cuál principio prevalece en un caso concreto.

En términos generales, los tres test de Alexy establecen distintas fórmulas orientadas a medir si la consecuencia de una determinada medida “se ajusta o está en consonancia con el motivo que dice justificarla”²¹. Los test no serán superados cuando la medida no se ajuste, por exceso, al fin que pretende realizar; es decir, cuando se haya sacrificado en exceso un principio jurídico.

Aunque los test de Alexy han sido ampliamente recogidos por la doctrina y jurisprudencia en distintos ordenamientos, parece necesario formular algunas prevenciones a su respecto, tanto de orden político como jurídico.

Ante todo, estos test derivan de una comprensión ortodoxa y radicalmente liberal del sistema jurídico. Los test no son mecanismos neutrales, sino políticamente delineados. Su reconocimiento presupone una particular visión (posiblemente restrictiva de los poderes del Estado) sobre la relación entre los derechos de los ciudadanos y las atribuciones de la autoridad para modelarlos y dirigirlos. Es desde luego posible concebir una idea de proporcionalidad que supere la estrechez que estos test imponen (lo que parece haberse logrado en los sistemas anglosajones, con menos tradición en el control judicial de la administración²²); incluso, desde una posición política divergente, parece concebible formular una oposición a su empleo.

En segundo lugar, la racionalidad jurídica de estos mecanismos ha sido enfrentada críticamente por la literatura. Vale la pena exponer, sobre todo, las formidables críticas expuestas por Juan Antonio García Amado. Este autor sugiere que la proporcionalidad tiende a camuflar la arbitrariedad del juez decisor. Al sopesar principios y fines, los razonamientos que propone la proporcionalidad descansarían necesariamente en la previa valoración de los factores que se someten a ponderación y de las magnitudes de afectación que se asignan a tales factores. Todas estas valoraciones, a falta de un patrón objetivo que las envuelva, dependerían de la exclusiva voluntad del juez.

Por ejemplo, el *test de idoneidad* dependería de una predefinición acerca de qué principio se considera como fin justificatorio de una medida²³. El *test de necesidad*, por su parte, exigiría una predeterminación tanto del principio que se estima afectado como de las magnitudes de afectación que, respecto de tal principio, importan la medida juzgada y la medida hipotética a la que se atribuye menor lesividad²⁴. Es la definición de estos valores la que

²⁰ ALEXY 2011, 15.

²¹ VALDIVIA 2018, 235.

²² Como demuestra MACRORY 2006, 21 y ss., donde la proporcionalidad es utilizada como un mero principio orientador de la imposición de sanciones.

²³ GARCÍA AMADO 2009, 3-4.

²⁴ García Amado las explica en términos algebraicos: “i) la valoración que S y S’ [los sujetos] hagan de m1 y m2 [magnitudes de afectación del principio]. ii) Las alternativas que sepan o quieran

determinaría el resultado de análisis y no la lógica del principio de proporcionalidad por sí sola.

Desde luego, esta crítica es acertada. Basta una rápida observación de la jurisprudencia (sobre todo de la jurisprudencia constitucional²⁵) para notar que bajo el manto del principio de proporcionalidad se suelen esbozar decisiones que nada tienen que ver con la operación de su racionalidad. El razonamiento que propone el principio depende, en efecto, de decisiones previas; muy posiblemente, son ellas (por sí solas) las que determinan el resultado del razonamiento que en cada caso se intenta. La proporcionalidad no es, en ningún caso, un mecanismo neutral: está sometida a las razones en que el decisor hace reposar los valores que evalúa.

La proporcionalidad –en esto concordamos con García Amado– no es un ejercicio aritmético ni mágico, sino un juicio subordinado a la valoración previa de principios y magnitudes. Ahora bien, desprendido ese manto de ficción, cabe observar la aplicación de tales valoraciones en su propio mérito. Es posible que tras la proporcionalidad se esconda la mera arbitrariedad del juez, pero también es posible –si confiamos en la potencialidad del derecho para disciplinar el razonamiento judicial– que estas valoraciones descansen en criterios objetivos. Si al trasparentar tales criterios se arriba a esta última conclusión, cabría concluir que la aplicación del principio no es arbitraria, y que por tanto su utilización es razonable.

El análisis que este texto persigue pretende justamente dotar a la proporcionalidad de cierta base objetiva sobre la cual erigirse. Por cierto, esto implica asumir una posición política, conforme a la cual el principio de proporcionalidad resulta valioso. También somos conscientes de que la proposición de un fundamento objetivo tiende a debilitar a la proporcionalidad en cuanto principio: la proporcionalidad dejaría de resultar necesaria, al confundirse con un ejercicio meramente subsuntivo²⁶ de aplicación de criterios objetivos que podría operar autónomamente. Si los problemas supuestamente resueltos por la vía ponderativa pueden resolverse en términos meramente binarios, ¿por qué ponderar? ¿por qué no utilizar simplemente tales criterios e incorporarlos de forma corriente al silogismo jurídico? Posiblemente, estas preguntas no puedan responderse de forma teóricamente satisfactoria. Nos conformaremos con una solución pragmática: los tribunales utilizan la proporcionalidad y es necesario objetivarla. Procuramos contribuir a aquello.

plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m_1 y m_2 ". En consecuencia, "la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímelmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada". GARCÍA AMADO 2009, 8.

²⁵ Típicamente, la sentencia "Cascadas" (Sentencia TC Rol N° 2922-2015). Una crítica a esta sentencia puede verse en SOTO 2017.

²⁶ Así, como explica García Amado, "el método subsuntivo y el ponderativo son intercambiables en cada caso (o al menos en cada caso mínimamente difícil), sea de legalidad estricta o de constitucionalidad; y que ambos, por tanto, pueden ser indistintamente usados tanto por los tribunales ordinarios como por los tribunales constitucionales". GARCÍA AMADO 2009, 21.

III. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo

Tras haber delimitado las bases teóricas del principio de proporcionalidad, corresponde aproximarnos al tema central de este trabajo. A continuación, describiremos el rol que el principio cumple en el derecho administrativo, particularmente en la actividad sancionadora de la administración.

Como se ha visto, el principio de proporcionalidad incumbe a la administración pública en cuanto órgano estatal. Ahora bien, para que el principio de proporcionalidad pueda efectivamente aplicarse a la administración, deben confluír dos elementos. Primero, la actividad administrativa que se juzgue debe ser, en alguna medida, gravosa para los ciudadanos. Solo en tal caso tal actividad podría considerarse excesiva; y es el exceso lo que el principio de proporcionalidad pretende corregir. Segundo, la actividad de que se trate debe descansar en una potestad discrecional, esto es, encontrarse dentro del espacio de decisión que la ley otorga a la administración; solo así la actuación podrá ser completamente atribuible a la administración. Por el contrario, si se trata de una actividad completamente reglada, el juicio de proporcionalidad se trasladaría a la ley (“control de atribución” y no “de ejercicio” de la discrecionalidad cuestión muy tratada por la dogmática constitucionalista nacional²⁷), que sería en definitiva la generadora de tales excesos²⁸. Además, como sostiene Barnés, es en los márgenes de libertad de los órganos administrativos donde aparecen los mayores riesgos para los derechos de los ciudadanos²⁹.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad puede concebirse como un instrumento con que cuentan los ciudadanos para enfrentar decisiones excesivas de la administración cuando actúa dentro de sus potestades discrecionales³⁰. En esta línea, la doctrina nacional ha afirmado que la proporcionalidad forma parte de un set de elementos denominados “técnicas de control del ejercicio de las potestades discrecionales”³¹. Esta fórmula, aunque conceptualmente algo equívoca (la idea de un “control de la discrecionalidad” es contradictoria en sus términos, pues el control reposará exclusivamente en los aspectos reglados que rijan a la actividad respectiva), expresa elocuentemente el lugar que ocupa la proporcionalidad en el derecho administrativo, a saber, como una genuina herramienta de revisión de actuaciones administrativas discrecionales.

²⁷ Véase, al respecto, ZÚNIGA 2010, GARCÍA 2016 y NAVARRO 2018.

²⁸ Conceptualmente, se ha entendido que la actuación de la administración en espacios de discrecionalidad consiste en completar, en sede aplicativa, un supuesto de hecho imperfecto previsto por una norma. El estudio del concepto de discrecionalidad administrativa ha sido emprendido con prolijidad en Mariano Bacigalupo 1997. Los siguientes párrafos le deben gran parte de su matriz teórica a esta obra.

²⁹ El principio de proporcionalidad interviene preferentemente en “aquellos supuestos en los que el poder público tiene atribuido un cierto margen de libertades”. BARNÉS 1994, 501.

³⁰ SOTO 2017, 296.

³¹ BERMÚDEZ 1996, 278.

A continuación, revisaremos las bases de la operación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo chileno. Nos concentraremos en su progresivo proceso de autonomía de sus raíces penalistas (1) y en el uso que ha hecho de él la Corte Suprema (2).

1. Desde el simplismo principialista hacia una noción del principio de proporcionalidad anclada en el derecho administrativo

El ejercicio de historiografía jurídica consistente en determinar las causas del arribo del principio de proporcionalidad al derecho administrativo chileno no es sencillo, y posiblemente no estemos en condiciones de encontrar hallazgos certeros en este campo. La relativa novedad de su utilización (a lo menos de forma amplia) y su concentración en el derecho de las sanciones administrativas³² nos permiten aventurar algunas conjeturas.

Ante todo, parece evidente que el uso de la proporcionalidad en el derecho administrativo encuentra ejemplos iniciales en el marco del control de la actividad administrativa de policía. Así lo muestra el caso Fuchs y Plath de 1908, donde se observa una aplicación implícita de la proporcionalidad (bajo una retórica que recuerda a la máxima de necesidad) en el control del orden público³³. Por otra, del principio de proporcionalidad penal, con fundamento en la asimilación que parte de la doctrina realizó (y continúa realizando) entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, conforme a la existencia de un único *Ius Puniendi* estatal³⁴. Como explica Cordero, se trataría de un principio que se incorpora como parte del "contenido implícito" de la Constitución, con fundamento en esta raíz común³⁵.

A grandes rasgos, esta teoría aduce que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal se encuentran hermanados, pues ambos provienen de una hipotética raíz común, que justifica ambas potestades estatales: el *Ius puniendi*, que autoriza a los órganos públicos a imponer sanciones estatales a los particulares. Los ciudadanos deben someterse, en ambos casos, a una relación asimétrica que puede decantar fácilmente en arbitrariedad.

³² La concentración jurisprudencial casi exclusiva en el campo sancionatorio se distingue de la situación en los derechos europeos, que visitan el principio en los más diversos contextos. Ejemplos de relevancia son los siguientes: la evaluación y control de las medidas fundadas en una potestad administrativa de planificación u otras actividades amparadas por una programación legal finalista (Rodríguez de Santiago 2016, pp. 150 y ss.); la limitación de las potestades de policía, particularmente aquellas que pueden influir con mucha intensidad en la libertad e integridad de los ciudadanos (Barcelona 1994, 351 y ss.); y el control de actos administrativos de gravamen no sancionatorios, como los actos expropiatorios (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2008, 186 y ss.). Otros ejemplos pueden observarse en BARNÉS 1994.

³³ Sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago en ese fallo que "[e]l deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de recurrir, entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares". Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero 1908.

³⁴ Esta posición tiene su origen en la doctrina española. Véase PARADA 1972 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo II, 163 y ss.

³⁵ CORDERO 2014a, 382.

Esta indefensión, que ambos regímenes compartirían, justificaría la introducción de principios jurídicos expresivos de la excepcionalidad de las sanciones estatales y de las garantías que asisten a los ciudadanos frente a su imposición. Las garantías que pacíficamente se aplican en el derecho penal resultarían asimismo aplicables, con fundamento en tal hermandad ontológica, al derecho administrativo sancionador.

Este traslado de principios penales al derecho administrativo ha sido defendido en nuestro medio por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde hace casi dos décadas, y recientemente con especial vehemencia. En una sentencia del año 1996, el TC señalaba que “[...] los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”³⁶. Otros fallos cercanos a estos días dan cuenta de una utilización extensiva de los principios penales en materia sancionatoria. El principio de proporcionalidad ha sido, precisamente, uno de los que han contribuido a esta hipertrofia principialista, como lo muestra el célebre caso “Cascadas”³⁷.

La teoría del *ius puniendi* ha sido atacada por la doctrina, al punto que sus premisas se han debilitado y sus pretendidos efectos se han matizado³⁸. Este trabajo suscribe tales críticas. Las sanciones administrativas son, ante todo, instrumentales a las funciones que desempeña la administración. La supuesta conexión con el derecho penal obedece a una predilección por explicaciones abstractas (relativas a la potestad estatal en la que descansan), que omite por completo los aspectos funcionales: las sanciones administrativas no son penas, sino medidas adoptadas por la autoridad para disciplinar determinado sector de interés público sujeto al control de la administración.

Del mismo modo, subyace a la teoría del *ius puniendi* una predilección por una regulación sancionatoria realizada “mediante una serie de principios jurídicos que actúan como fórmulas simplistas aplicables a todas las sanciones administrativas”³⁹. La asimilación con el derecho penal permite prescindir de decisiones regulatorias complejas en favor de la comodidad de los principios. El principio de proporcionalidad, como otros principios clásicos trasladados desde el derecho penal (entre ellos, la presunción de inocencia, la tipicidad y la culpabilidad), obedece a esta simplificación principialista.

Como hemos adelantado, la línea argumental de este trabajo difiere por completo de las nociones simplistas en que descansa la doctrina del *ius puniendi*. El empleo del principio de proporcionalidad en el derecho

³⁶ Sentencia TC Rol N° 244-1996 (1996).

³⁷ Sentencia TC Rol N° 2922-2015 (2015).

³⁸ Las posiciones críticas a la doctrina del *ius puniendi* deben mucho a la obra de Alejandro Nieto (NIETO 2012). De gran importancia son también las obras de Alejandro Huergo, 2017 y de Luciano Parejo, 2014. En la doctrina chilena, las mejores críticas se encuentran en la obra de Raúl Letelier; principalmente LETELIER 2017.

³⁹ LETELIER 2020, 77.

administrativo sancionador debe coincidir con la genuina naturaleza funcional de las sanciones administrativas: no son sino medios con que cuenta la administración para hacer efectivas las normas de conducta impuestas en el marco de sus competencias⁴⁰. Las sanciones administrativas, como explica Huergo, son uno de los tantos instrumentos con que cuenta la administración para disciplinar un sector de intervención: "tienen un carácter auxiliar de la intervención administrativa. La administración solo sanciona en materias o ámbitos en los que ya tienen competencias de gestión, ya sea de vigilancia o supervisión, de fomento o de gestión o servicio público"⁴¹.

Desde luego, la autonomía del derecho sancionador respecto del derecho penal importa desprender a la proporcionalidad de la observancia de aquellas exigencias que conciernen a su vertiente penal, o a lo menos atenuar su aplicación. La proporcionalidad más o menos estricta que exige el derecho penal es una de ellas. En efecto, en materia penal la proporcionalidad se sustenta en la lógica de la correspondencia entre una pena y la reprochabilidad que merece un delito, idea *a priori* ajena a los propósitos preventivos propios del derecho administrativo sancionador. Por otra parte, aunque la culpabilidad y los elementos subjetivos poseen cierta relevancia en materia sancionatoria (sobre todo en la creación de atenuantes), se encuentra muy lejos del carácter elemental que revisten en el derecho penal. El texto constitucional vigente, por su parte, no parece exigir la transferencia de este principio al derecho administrativo⁴².

En efecto, la mejor literatura ha dado cuenta de que la culpabilidad en materia sancionatoria es un elemento accesorio y sujeto a múltiples matices⁴³. Incluso quienes abogan por el carácter ineludible de la exigencia de culpabilidad en materia sancionatoria reconocen que ella se satisface con la imputación de culpa infraccional, muy distinta a aquella que se requiere en el ámbito penal⁴⁴, cuestión que ha sido refrendada por la jurisprudencia⁴⁵. Como explica Huergo, en el marco de las sanciones administrativas es el propio legislador quien afirma "que quien incumple esa norma actúa por ello mismo culposamente"⁴⁶.

En síntesis, la implementación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria no se ve constreñida por la rigidez que impone el derecho penal, sino que debe ceñirse a los mismos criterios que se predicán para el resto de actuaciones de la administración. Consiste, como hemos explicado

⁴⁰ Véase, al respecto, Cristián Montero, "Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: el indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 4, 2021.

⁴¹ HUERGO 2000, 139.

⁴² SOTO 2021, 145 y ss.

⁴³ NIETO 2012, 303.

⁴⁴ SOTO 2021, 310 y ss.

⁴⁵ CORDERO 2015a.

⁴⁶ HUERGO, 389.

más atrás, en un instrumento con que los jueces pueden determinar y censurar excesos en el ejercicio de la actividad sancionadora de la administración, generalmente atribuidos a su determinación o cuantificación discrecional⁴⁷.

2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Recogiendo las bases dogmáticas planteadas por la doctrina nacional, el principio de proporcionalidad ha ido adquiriendo peso en la jurisprudencia de la Corte Suprema en el control concreto de sanciones administrativas.

Al respecto, resultan ilustrativos los fallos Roles N° 7.560-2015 y 17.736-2016. En el primero, citando el manual de Jorge Bermúdez⁴⁸, la Corte Suprema sostiene que la aplicación del principio de proporcionalidad "obliga a encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la Administración"⁴⁹. En el segundo, citando a Eduardo Cordero⁵⁰, afirma que "en el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos"⁵¹. Conforme a la Corte, el principio se define como "un límite al margen de la discrecionalidad que tiene la autoridad administrativa al momento de la determinación de una sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo"⁵².

De estas decisiones derivan dos conclusiones de mucho interés. Primero, sin perjuicio de cierta insistencia relativa a su arraigo en el *Ius Puniendi*, la Corte Suprema ha desprendido al principio de proporcionalidad de su origen penal, caracterizándolo como un instrumento de control de la discrecionalidad por completo equiparable a otras técnicas de control que residen en la legalidad. Segundo, en el ámbito sancionatorio la Corte utiliza el principio de proporcionalidad con frecuencia y naturalidad para controlar la determinación o cuantificación de las sanciones. Ya es habitual, en efecto, leer sentencias donde se reiteran alusiones al "principio de proporcionalidad que debe imperar en materia de sanciones administrativas"⁵³.

Sin lugar a dudas, la proporcionalidad es una de las herramientas de más amplia utilización en el control de la discrecionalidad en el derecho ad-

⁴⁷ Discrecionalidad que, de hecho, es necesaria para dar flexibilidad y adaptabilidad al sistema sancionatorio, como pone de manifiesto el informe MACRORY 2006, 26 y ss.

⁴⁸ BERMÚDEZ 2011, 290.

⁴⁹ *Fitch Chile Clasificadora de Riesgo Limitada con Superintendencia de Valores y Seguros* (2016).

⁵⁰ CORDERO 2014b, 404.

⁵¹ *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016).

⁵² *Velásquez Sánchez Néstor con Superintendencia de Valores y Seguros* (2020).

⁵³ Así, en *Sociedad Educacional Fénix Spa con Superintendencia de Educación* (2019), *Fundación Educacional Colegio Leonardo Murialdo de Valparaíso con Superintendencia de Educación* (2020), *Corporación Monte Aconcagua con Superintendencia de Educación* (2020) y *Colegio Santo Tomás Curicó Limitada con Superintendencia de Educación* (2020).

ministrativo sancionador. Ahora bien, cabe preguntarse, a la luz de las bases dogmáticas del derecho administrativo y del mismo principio si está siendo aplicada correctamente. La respuesta a esa pregunta exige un análisis de mayor profundidad conceptual, que pasa por identificar sus problemas.

IV. Problemas de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control concreto de las sanciones administrativas

Las concepciones más recientes sobre el control judicial de la administración asumen como premisa el sometimiento pleno de la Administración al derecho y, por tanto, la plenitud del control de su actuación⁵⁴. Esta es una exigencia de la cláusula del Estado de derecho que recogen o se reputan recoger, a lo menos, los sistemas que como el nuestro son tributarios de los ordenamientos occidentales que se inscriben en el constitucionalismo liberal⁵⁵.

Ahora bien, aunque todo acto y actuación administrativos sean plenamente revisables por la jurisdicción⁵⁶, los jueces no están habilitados para entrometerse en los espacios discrecionales reservados por el legislador a la administración⁵⁷. Esta afirmación, que a primera vista puede parecer paradójica, trasluce la esencia de la vinculación entre la discrecionalidad y el control judicial de la administración. La revisión debe ser plena, pero sin nunca rebasar los límites fijados por las esferas competenciales de cada órgano. Es decir, el tribunal solo puede *revisar* la actuación de la administración, pero nunca *decidir* en su lugar; si lo hiciera, no estaría actuando como tribunal sino derechamente administrando⁵⁸.

La frontera competencial entre la revisión de la actuación administrativa y la decisión propiamente tal está primordialmente delineada por textos normativos. En efecto, los tribunales solo tienen permitido controlar los “elementos reglados” del acto, pero nunca el ejercicio mismo de la discrecionalidad⁵⁹. La razón de esta distinción obedece al objeto central del control judicial de la administración, que no es otro que garantizar el respeto al principio de legalidad⁶⁰. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho eco de estas ideas; por ejemplo, en fallo Rol N° 18.836-2018, tras mencionar la distinción entre la potestad reglada y la discrecional, sostuvo que el control de la decisión se ejerce solo sobre “el aspecto no discrecional” de la decisión⁶¹.

⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN 1994, 91 y ss.

⁵⁵ VELASCO CABALLERO 2020, 101 y ss.

⁵⁶ Sin perjuicio de supuestos justificados de deferencia. Véase, al respecto, CRAIG 2022.

⁵⁷ Con anterioridad, se trataba la discrecionalidad como una “laguna” legal. En la actualidad, la doctrina no duda en referirla como una decisión deliberada del legislador. CORDERO 2015b, 83 y ss.

⁵⁸ BACIGALUPO 1997, 95 y ss.

⁵⁹ VALDIVIA 2018, 225.

⁶⁰ Esta es una premisa compartida por las distintas posiciones que han marcado el debate sobre la discrecionalidad administrativa en España, incluso las más suspicaces frente a la discrecionalidad. Así puede advertirse en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo I, 595.

⁶¹ Ilustre Municipalidad de Maipú (2019).

Los límites que la discrecionalidad administrativa establece para el control judicial se extienden a todos los instrumentos de control; desde luego, y con especial importancia, a los principios generales del derecho, como el de proporcionalidad. Garantizar (o hacer probable⁶²) que no se sobrepasen estos límites será siempre complejo, pero lo es especialmente tratándose de los principios. Dada la indeterminación característica de los principios –pensados originalmente como “máximas de optimización”⁶³–, es particularmente difícil resguardar que el juez, al emplearlos, se abstenga de invadir el terreno reservado a la decisión administrativa. Para que este resguardo sea probable, el primer paso consiste en identificar señales capaces de alertar que la actuación del juez se está extendiendo más allá sus competencias. Aunque no se trata de una advertencia inequívoca, atendida la mencionada dependencia de la proporcionalidad respecto de la valoración previa de los fines y medios que somete a análisis, la omisión de criterios objetivos de decisión constituye, en efecto, una señal de alerta.

El ejercicio casi aritmético que propone Robert Alexy pretende dotar a la proporcionalidad de cierta racionalidad intrínseca, casi milagrosa. No obstante, como hemos visto –e incluso admiten sus más sofisticados defensores– la proporcionalidad se edifica sobre conceptos y valoraciones predefinidas. Como explica Atienza, “El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar cualquier problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a [cierto] tipo de problemas”⁶⁴.

En buenas cuentas, si aquellas predefiniciones en las que el principio de proporcionalidad reposa no se fundamentan en parámetros objetivos, difícilmente podrá diferenciárselo sustantivamente de cualquier juicio subjetivo de razonabilidad. Como apunta la doctrina, el uso del principio de proporcionalidad por los jueces puede conducir al “ejercicio de un poder discrecional absoluto, ahora en manos del juez”⁶⁵; al “riesgo de sustituir la eventual arbitrariedad de la administración por el tampoco deseable, subjetivismo judicial”⁶⁶. Es decir, si el control a través de la proporcionalidad no se acompaña de criterios que aseguren o a lo menos potencien su objetividad, lo probable es que las decisiones reposen en razones subjetivas, de prudencia o discrecionalidad judicial. Sobra decir que tal subjetividad pone en peligro las restricciones que el juez debe observar al momento de controlar a la administración pública.

En síntesis, la ausencia de criterios objetivos pugna contra una implementación no arbitraria del principio de proporcionalidad. Con el fin de arribar a un uso más objetivo del principio de proporcionalidad, en la siguiente

⁶² Esta expresión invoca el análisis institucional del derecho propuesto por FERNANDO ATRIA 2016.

⁶³ ALEXY 2001, 86 y ss.

⁶⁴ ATIENZA 2016, 21-22.

⁶⁵ FERRADA 2014, 259.

⁶⁶ BERMÚDEZ 2012, 16.

sección intentaremos descubrir criterios que permitan utilizarlo de forma menos arbitraria.

V. Los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de sanciones administrativas

1. El principio de proporcionalidad como concepto jurídico indeterminado

La misión que nos hemos propuesto no es fácil. En nuestro medio, la doctrina ha identificado con mucho rigor los criterios utilizados por la jurisprudencia para la aplicación del principio de proporcionalidad⁶⁷. Esta tarea inductiva, desde luego valiosa, se ve limitada con la poca objetividad y sistematicidad que caracteriza a la aplicación jurisprudencial de este principio⁶⁸. Por eso, estimamos que es necesario abordar esta tarea de objetivización mediante una técnica deductiva consistente en desprender, a partir de premisas generales, criterios coherentes para la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta tarea de objetivización es escurridiza. Desentrañar estos criterios supone un ejercicio fino, al que intentaremos aportar nuestras reflexiones.

Ante todo, debe reiterarse que el objeto esencial del principio de proporcionalidad en el control judicial de las sanciones consiste en identificar y censurar actos excesivos o desproporcionados. El principio de proporcionalidad provee formas de razonamiento dirigidas a determinar cuándo estos actos resultan excesivos. Sin embargo, no puede soslayarse que el principio de proporcionalidad reposa casi exclusivamente en conceptos jurídicos indeterminados, vale decir, normas jurídicas sujetas a apreciaciones que no poseen un único significado posible. Los conceptos generales “desproporcionado” u “excesivo” son nociones de este tipo. Comparten la misma naturaleza, por cierto, las predefiniciones en que los test de Alexy descansan (por ejemplo, el carácter “idóneo” de una medida respecto a un fin).

Los conceptos jurídicos indeterminados han sido estudiados por los teóricos del derecho público. La característica fundamental de estos conceptos es su doble dimensión, que alegóricamente se presentan como dos esferas: por una parte, zonas de certeza; por otra, una zona de incertidumbre⁶⁹. El concepto se encontrará en una zona de certeza cuando, en una determinada situación, sea incuestionable (o certero, evidente, claro⁷⁰) que el concepto aplica o no aplica. Si es claro que el concepto aplica, entonces nos encontra-

⁶⁷ El trabajo más completo de recopilación de criterios de la Corte Suprema sobre el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador se encuentra en GÓMEZ 2018, 372 y ss.

⁶⁸ A pesar de que recientes sentencias denotan un avance en este sentido. Véase capítulo VI.

⁶⁹ Este razonamiento es atribuido a Georg Jellinek (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª Ed., 1919, p.103). Citado en: BACIGALUPO 1997, 138.

⁷⁰ Estas afirmaciones, aplicadas de forma concreta en el ámbito judicial, evocan preguntas sobre el estándar probatorio que debería cumplirse en cada uno de los casos. No es intención de este trabajo responder esa pregunta, por lo que estas nociones se utilizarán indistintamente.

remos en su zona de certeza positiva; si, por el contrario, es claro que el concepto no aplica, nos encontraremos en su zona de certeza negativa.

Con todo, en algunas situaciones no es posible dilucidar con claridad si el concepto aplica o no; es decir, la situación no es abarcable de forma certera en ninguno de los dos polos de certeza. En tales casos, el concepto se encontrará en una "zona de incertidumbre". Para buena parte de la doctrina, esta zona de incertidumbre equivale a la discrecionalidad, en el sentido de que, cuando un concepto se encuentra en esta zona, no existe una única respuesta correcta⁷¹. Cuando corresponda al aplicador (en este caso, a la administración) decidir dentro de esta zona, puede realizar una de dos acciones: bien acercar el concepto a su zona de certeza positiva (y aplicar el concepto) bien acercar el concepto a su zona de certeza negativa (y no aplicarlo)⁷². Como la discrecionalidad, esta operación no es controlable en su mérito, sino solo en su perímetro reglado, es decir, en función de las reglas jurídicas sobre las cuales reposa.

Como adelantamos, este esquema conceptual es plenamente aplicable al principio de proporcionalidad como instrumento de control de las sanciones administrativas. Pueden existir sanciones administrativas claramente excesivas o desproporcionadas y otras que evidentemente no lo sean. Pero en muchos otros casos la respuesta será incierta; en tales casos, el principio caerá en una "zona de incertidumbre". En cuanto esta zona es equiparable a la discrecionalidad, la decisión le corresponde al aplicador (la administración) y no al controlador (el juez): este último no se encuentra habilitado para censurar la actuación de que se trata. Si a pesar de ello el control operase, habría que concluir que el juez se está excediendo en sus competencias, pues no estaría revisando sino derechamente reemplazando la decisión administrativa.

Así las cosas, la incertidumbre sobre la proporcionalidad o desproporcionalidad de una sanción opera como un límite al control judicial a través del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad solo puede funcionar legítimamente cuando la sanción administrativa se pruebe ciertamente desproporcionada. El juez no puede valorar libremente los criterios y principios en cuestión, pues está obligado a respetar aquel espacio de decisión que no le corresponde a el órgano judicial sino a la administración. En

⁷¹ En contra de esta idea se posiciona la denominada doctrina de la "única solución justa", cuyos más reconocidos representantes en la doctrina española son Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. El relato de esta controversia, y la solución que consideramos correcta, puede encontrarse en BACIGALUPO 1997, 206 y ss. La posición de la única solución justa aparece con mucha claridad en Eduardo García de Enterría 1962. También en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo I, 467 y ss.

⁷² En estos casos la administración debe realizar una operación "disyuntiva", consistente en decidir si el supuesto de hecho se acerca a la zona de certeza negativa o positiva. De decidirse por la aplicación de la norma (acercamiento a la zona positiva), a la operación disyuntiva se sumará una operación "acumulativa", idéntica a la que opera en casos de discrecionalidad. BACIGALUPO 1997, 190-191 (que sigue en este punto a H.J. Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt: METZNER, 1979).

contextos discrecionales, el principio de proporcionalidad no funciona (léase: no puede funcionar) como una forma de razonamiento difusa y disponible genéricamente, sino como un medio de control excepcional. Tal excepcionalidad brinda nuevas razones que explican la necesidad de acudir a criterios que den cuenta con certeza de que una sanción es desproporcionada.

Por cierto, los criterios más evidentes –y normativamente más robustos– se pueden encontrar en el texto expreso de la ley. Muchas disposiciones legales fijan márgenes o al menos techos máximos que rigen la cuantificación de las sanciones⁷³. Las sanciones que superen estos techos o márgenes serán indudablemente excesivas. Para alguna doctrina estas hipótesis obedecerían a una aplicación del principio de proporcionalidad⁷⁴, pero tal opinión omite que, cuando una sanción excede los márgenes determinados por la ley, la ilegalidad de objeto de la decisión salta a la vista sin necesidad de invocar el principio de proporcionalidad. En tales casos, el juez no necesita recurrir a un principio para anular (o rebajar) sanciones que excedan estos márgenes, sino simplemente aplicar (binariamente) la letra de la ley. Como sostiene un autor: “si se estuviese vulnerando el máximo o mínimo, más que el principio de proporcionalidad, hay un problema de legalidad: se estarían contraviniendo los elementos reglados del acto”⁷⁵.

Además de márgenes o techos máximos, en algunos casos las mismas leyes⁷⁶ o actos administrativos de aplicación general⁷⁷ fijan criterios para la cuantificación de sanciones. Esto es habitual en las normas sancionadoras más modernas. Por ejemplo, la Ley N° 21.091, que crea la Superintendencia de Educación Superior, fija los siguientes parámetros de evaluación de sanciones pecuniarias: “la naturaleza y gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de ésta; la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; el cumplimiento de los planes de recuperación, en su caso y la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes”. Por cierto, estos criterios recogen las lógicas del principio de proporcionalidad, por lo que es correcto estimarlos como derivaciones o especificaciones de dicho principio. No obstante, al estar reconocidos por la ley, su aplicación no obedece a la actuación de un principio jurídico (esencialmente distinto a una regla) sino a la ley misma que los consagra.

⁷³ Es el caso de todas las normas sancionatorias que rigen en nuestro sistema jurídico. Incluso las normas más anticuadas y menos garantistas, como el Código Sanitario, cuentan con márgenes de cuantificación.

⁷⁴ GÓMEZ 2018, 375-376.

⁷⁵ JUNCEDA 2008, 127.

⁷⁶ Por ejemplo, las Leyes N° 20.529 (que crea la Superintendencia de Educación), N° 21.091 (que crea la Superintendencia de Educación Superior) y N° 21.000 (que crea la Comisión para el Mercado Financiero).

⁷⁷ Por ejemplo, las bases metodológicas para la determinación de sanciones elaboradas por la Superintendencia del Medio Ambiente, establecidas por la Resolución Exenta N° 85, de 31 de enero de 2018.

Además, el lector se habrá percatado de que todos los parámetros de cuantificación señalados por las leyes son, como sucede con la misma proporcionalidad, conceptos jurídicos indeterminados, que por tanto cuentan con zonas de incertidumbre. Estos parámetros parecen estar dirigidos preferentemente a orientar la decisión administrativa y no tanto a robustecer su revisión⁷⁸. No obstante, estos criterios también pueden conducir a una sofisticación del control judicial de las sanciones, siempre que los jueces los implementen con cautela, esto es, dentro de las zonas de certeza de cada uno de los conceptos⁷⁹. ¿Qué se considera “beneficio económico”? ¿qué conducta anterior es susceptible de modificar la cuantificación de una sanción? ¿a qué se refiere la “intencionalidad”? Por más que reflexionemos sobre estas ideas, en muchos casos será necesaria la concurrencia de la decisión administrativa para su especificación.

Como hemos visto, son muy excepcionales las hipótesis en que al juez le basta un ejercicio interpretativo simple para descubrir actuaciones excesivas. Por ello, parece necesario articular criterios dotados de mayor objetividad que habiliten a los jueces a abarcar una mayor cantidad de supuestos.

2. Los test de Alexy como base inicial para la formulación de criterios

¿Cómo elaborar estos criterios? Sin renunciar a las críticas que se han formulado sobre su pensamiento, los test de Alexy⁸⁰ facilitan significativamente esta tarea. Como se ha explicado, el objetivo de estos test consiste en determinar la relación entre una medida y su fin. En el caso de las sanciones, la medida consiste indudablemente en la sanción aplicada. Los fines de las sanciones son múltiples y probablemente inconmensurables⁸¹. Son muchos los principios jurídicos que una sanción puede pretender hacer efectivos, diversidad de la que ninguna lectura originalista o interpretación formalista nos permite escapar. Esta heterogeneidad axiológica dificulta la racionalidad de los test, pudiendo tornarlos impredecibles, abriendo, a la larga, un espacio para la arbitrariedad.

Ahora bien, el problema de la subjetividad puede aminorarse si predefinimos los “fines” de las sanciones desde una perspectiva funcional, considerando que tales fines consisten en hacer efectiva una norma de conducta obligatoria⁸². Como explica la doctrina, las sanciones cuentan “como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al

⁷⁸ En términos conceptuales, son primordialmente normas de conducta, y en menor medida normas de control. Sobre esta distinción, véase, en general, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2015.

⁷⁹ Esto sucederá, por ejemplo, si la ley contempla como parámetro la “capacidad económica del infractor” y se establece una multa multimillonaria que afecta a personas naturales de medianos ingresos.

⁸⁰ La tarea de adaptación de los test al lenguaje del derecho administrativo sancionador es tributaria de la obra de DANIEL SARMIENTO 2007.

⁸¹ URBINA 2012, 54 y ss.

⁸² “Son, si se quiere, una de entre varias formas de hacer efectivas –de conceder *enforcement* a las reglas de conducta expresadas en disposiciones jurídicas” LETELIER 2018a, 210.

(previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento⁸³. Una sanción administrativa consiste en una medida jurídica que el legislador aloja en las competencias de la administración para reaccionar ante determinadas infracciones que se produzcan en sus espacios de intervención.

De este modo, la relación entre “medida” y “fin” que presuponen los test de Alexy coincidirían en el derecho administrativo sancionador con el vínculo entre una medida sancionatoria y la valoración que se le otorga a una infracción concreta –mediada, en su determinación o cuantificación, por una decisión discrecional.

Bajo esta premisa, el test de idoneidad o adecuación conduciría a identificar sanciones que no sean adecuadas como reacción frente a una determinada infracción. Por su parte, el test de necesidad apuntaría a la búsqueda comparativa de la medida menos lesiva para un fin determinado.

La proporcionalidad en sentido estricto, no obstante, perdería su utilidad, pues la ponderación que este test supone solo resulta funcional ante una multiplicidad de fines o principios orientadores⁸⁴, en tanto la premisa utilizada limita el fin a uno solo. En tanto máxima de ponderación, la proporcionalidad en sentido estricto se torna irrelevante cuando se trata de dilucidar si una medida cumple o grava un fin o principio determinado, pues su objeto es establecer comparaciones entre la afectación o satisfacción de dos o más principios.

En el contexto de sanciones administrativas predefinidas normativamente⁸⁵, la verificación de la idoneidad resulta a todas luces superfluo. No es necesario aplicar ningún principio si una norma define que frente a una determinada infracción corresponde aplicar una sanción. Si tal conexión se infringe, y por tanto se aplica una sanción prevista por las normas o se impo-

⁸³ MAÑALICH 2014, 547.

⁸⁴ La ponderación es, en efecto, una forma de razonamiento complejo, que excede el carácter binario que los otros test poseen. Este método es un instrumento de gran relevancia para la administración en el contexto de decisiones que reposan en altísimos grados de libertad, cuando están en juego múltiples bienes jurídicos. El contexto más ilustrativo es el de la potestad planificadora. En estos casos, el legislador suele asignar un rol preponderante a la administración, sujetándola principalmente a máximas normativas de tipo finalista; es decir, a mandatos de optimización y no a reglas. En estos casos se despliega un tipo singular de discrecionalidad (denominada precisamente discrecionalidad planificadora) cuyo razonamiento debe responder a las máximas de la ponderación. Este mecanismo no es extensible a la determinación o cuantificación de sanciones administrativas. Al determinar o cuantificar la sanción aplicable a un caso, la administración está sometida a un marco normativo conformado por reglas y no por máximas de optimización. Por una parte, el ejercicio ponderativo es previo, pues ya fue realizado por el legislador al crear la norma sancionatoria. Por otra, la labor que corresponde a la administración no requiere de un juicio de ponderación sino de subsunción, consistente en conectar un supuesto de hecho (incompleto e imperfecto, y por ello discrecional) con una consecuencia jurídica. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 101 y ss.

⁸⁵ En el estado actual de la jurisprudencia toca a la ley definir infracciones y sanciones administrativas, al menos en cuanto a su “núcleo esencial” (entre otros, Sentencia TC Rol N° 244 (1996)). Aunque referidas a sanciones que no son propiamente administrativas (sino impuestas por un Juzgado de Policía Local), en materia municipal parece detectarse una morigeración de esta regla.

ne una que no ha sido prevista, no es el principio de proporcionalidad el que las censura, sino la ley misma. La discrecionalidad no permite soslayar esta exigencia, pues no es inmune al control de los elementos reglados del acto entre los cuales se encuentra tal consagración legislativa.

Más complejo resulta el caso del test de necesidad. Las reglas sancionatorias suelen conferir a la administración márgenes más o menos importantes para cuantificar las sanciones que imponen, dentro de los cuales deben decidir discrecionalmente. Estos márgenes, sobre todo tratándose de multas pecuniarias, consisten en escalas relativamente definidas que prescriben sanciones más y menos gravosas. Este orden numérico otorga certeza a la definición, muchas veces compleja, de aquello que la proporcionalidad considera más o menos lesivo. Si aplicamos el test de necesidad a este orden escalonado de sanciones pecuniarias, una primera lectura parece conducir a una conclusión extraña: la administración debería aplicar la medida que más abajo se encuentre en tal escala, pues es la menos gravosa. Esta interpretación resulta obviamente inaceptable, pugnano contra la misma existencia de márgenes sancionatorios y la funcionalidad de las sanciones.

No obstante, cabe una apreciación más razonable de este test. Para ello, resulta necesario sostenerse en una nueva premisa, consistente en que el fin de una sanción solo será idéntico al de otra sanción cuando la infracción sea también idéntica⁸⁶. Es decir, si se considera que el fin de una sanción administrativa cambia en tanto cambie la infracción frente a la cual la sanción reacciona. En ese contexto, el test de necesidad conduciría a suponer que, ante una infracción idéntica, el fin de la sanción que la reprima será el mismo⁸⁷. En cambio, si la infracción es diferente, el fin de la sanción también será distinto, y por lo tanto se pierde la base sobre la que el test opera, tornándolo impracticable.

El análisis recién expuesto, en función de las premisas que hemos establecido, conduce a la siguiente afirmación: ante igual infracción, es *innecesario* que la administración aplique una sanción más gravosa, pues la sanción menos lesiva sería suficiente para cumplir el fin correspondiente. Atendido el valor imperativo del principio de proporcionalidad como mecanismo de control, esta afirmación puede expresarse en forma de máxima prohibitiva: a igual infracción, se prohíbe una mayor sanción. Aún más, si el tipo de infracción es idéntico, pero solo cambia su magnitud (por ejemplo, dos sanciones en materia de distribución eléctrica por falta de prevención de interrupciones, pero con un menor o mayor número de clientes afectados), la máxima puede también prohibir la imposición de sanciones mayores ante infracciones

⁸⁶ Ahora bien, subsiste un ítem indeterminado: ¿qué infracción es realmente idéntica a otra? Como con todo concepto jurídico indeterminado, el tribunal deberá declarar idénticas solo aquellas infracciones que lo sean con certeza o claridad.

⁸⁷ Por cierto, la asimilación de una infracción a otra también reposa sobre conceptos jurídicos indeterminados que, como todos, solo podrán ser aplicados cuando se encuentren en su "zona de certeza".

de la misma especie, pero de menor entidad, de modo que también “ante menor infracción se prohíbe una mayor sanción”⁸⁸.

Por cierto, la medición de esta máxima no puede construirse en abstracto, pues, como se ha reiterado, la determinación y cuantificación de las sanciones están reservadas a la discrecionalidad administrativa. Solo la administración puede determinar cuál es la sanción que corresponde imponer ante determinada infracción. Por ende, para que la máxima no afecte estas legítimas potestades, su evaluación debe realizarse a partir de las evaluaciones que el mismo órgano sancionador ha realizado en otras ocasiones, esto es, a través de la revisión del precedente administrativo. Así, en el examen del precedente administrativo, el juez deberá constatar que, ante una infracción o un conjunto de infracciones sustancialmente idénticas, el ente sancionador ha aplicado sanciones menores.

En términos conceptuales, algunos podrían calificar esta operación dentro de lo que la doctrina denomina “reducción a cero de la discrecionalidad”⁸⁹. El agotamiento de la discrecionalidad conlleva la posibilidad de que el juez defina la sanción por sí solo, pues las circunstancias habrían llevado a la conclusión de que solo hay una respuesta posible. La administración, al haber aplicado una sanción a una infracción determinada habría acotado su margen de decisión, autogenerándose la obligación de volver a aplicar la misma sanción en casos idénticos. Sin referirse a esta idea, es relativamente habitual que la jurisdicción se entienda habilitada para modificar por sí misma el monto de las sanciones administrativas (lo que es más problemático, aun sin previa determinación de criterios⁹⁰).

No obstante, como explica Silvia Díez, el precedente administrativo no es nunca suficiente para agotar la discrecionalidad. Esta insuficiencia se explica por dos razones. Primero, porque el precedente administrativo no tiene jerarquía normativa⁹¹. Segundo, porque la decisión adoptada en un caso concreto (por tanto, frente a hechos concretos) no puede clausurar el margen de discrecionalidad establecido normativamente frente a un supuesto de hecho que, aunque similar, siempre será nuevo⁹². Por consiguiente, “[l]a consecuencia que tiene la invocación de un precedente administrativo idóneo es [solo] imponer una especial obligación de motivar las razones del cambio de criterio”⁹³. Si no lo hace, es decir, si no se logra convencer al juez de que existen

⁸⁸ No sucedería lo mismo si la naturaleza de las sanciones no es evidentemente idéntica.

⁸⁹ HUERGO 2000, 319 y ss.

⁹⁰ De hecho, tal como la falta de criterios objetivos, este tipo de decisiones judiciales muestran que el juez está excediendo sus poderes. Estas determinaciones obedecen a una comprensión (al menos) poco ortodoxa de los poderes con que cuenta el juez en el control judicial de la administración. Un análisis sobre los poderes del juez tras declarar la ilegalidad de los actos administrativos se encuentra en VALDIVIA 2017.

⁹¹ Esta falta de jerarquía normativa expresa, asimismo, un déficit de justificación jurídica que puede ser satisfecho por el principio de proporcionalidad.

⁹² DÍEZ 2008, 295.

⁹³ DÍEZ 2008, 296.

buenas razones para cambiar el precedente, entonces el tribunal estará llamado a anular la sanción.

Este razonamiento puede aplicarse al control de la proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador. Si la sanción aplicada en un caso resulta más gravosa que la aplicada en otro caso con ocasión de infracciones idénticas, el tribunal estará habilitado para declarar que la sanción es desproporcionada, y en consecuencia podrá anularla.

Como se deja ver, la única aplicación objetiva del *test de necesidad* que observamos se confunde con el reconocimiento de un cierto carácter vinculante del precedente administrativo, lo que a su vez debe reflejarse en un requisito típico del acto administrativo, como es la motivación. El juez deberá, en consecuencia, examinar el precedente administrativo, evaluando si ante infracciones de idéntica entidad el órgano sancionador ha aplicado, en otras ocasiones, sanciones menores. Si ello ha sucedido, la sanción se consideraría (al menos en principio) excesiva. Una vez realizada esa operación, el juez deberá fijar su atención sobre la motivación del acto, valorando si otorga o no suficientes fundamentos para justificar el cambio de criterio. Si no lo hace, el juez deberá declarar la infracción al principio de proporcionalidad y anular la sanción.

3. Recapitulación

En suma, en términos analíticos, la aplicación del *test* se verifica a partir de un modelo puramente subsuntivo (y no ponderativo) del siguiente tipo:

1. En principio, y siempre que se encuentre dentro de los límites legales, la cuantificación de la sanción será correcta, pues obedece a una potestad discrecional de la administración. 2. Sin embargo, la sanción se considerará desproporcionada si confluyen los siguientes elementos:

- a) Ante igual infracción se hayan aplicado sanciones más gravosas, y
- b) La mayor cuantificación no ha sido especialmente motivada.

Como se aprecia, subsisten algunos elementos de indeterminación (¿qué infracción es "igual" a otra?, ¿qué significa que un acto esté "especialmente motivado"?), pero de mucho menor entidad a los observados en un inicio. Se ha logrado depurar y objetivar el contenido de la máxima de necesidad. Esta adaptación del *test de necesidad* parece consistir en una (¿la única?) aplicación razonable del principio de proporcionalidad en el control concreto de las sanciones administrativas. La proporcionalidad puede funcionar con objetividad, de este modo, dotando de relevancia jurídica a una aplicación específica del precedente administrativo como límite a las sanciones excesivas.

Esta afirmación final delata la lógica subsuntiva a que la proposición de criterios objetivos nos ha llevado, que parece subvertir la lógica principialista de la proporcionalidad. Aunque un ejercicio conceptual podría eventualmen-

te arribar a una conclusión más radical, en este trabajo no pretendemos cuestionar la terminología ni las bases dogmáticas del principio, que indudablemente está asentado en nuestro sistema jurídico como forma de control de las sanciones administrativas. Así, cualquiera sea la raíz teórica del paradigma de control propuesto, atenerse a él puede fomentar un control más razonable de la cuantificación y determinación de las sanciones, remediando de tal forma la subjetividad judicial que el principio parece haber propiciado en el campo sancionatorio.

VI. La jurisprudencia reciente en la materia ¿motivo de optimismo?

Sin hacer referencia explícita al test de necesidad ni a la obligatoriedad del precedente administrativo, la Corte Suprema ha formulado recientemente algunos razonamientos que parecen ir en la línea de la objetivización del principio de proporcionalidad.

En "*Chilquinta con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*", la Corte debía evaluar si una sanción impuesta a una empresa distribuidora de electricidad originada por un corte de energía era o no proporcionada. Para analizarlo, la Corte examinó otras sanciones aplicadas por el mismo órgano ante infracciones similares, arribando a la siguiente conclusión: "si bien la falta de diligencia que se reprocha a la reclamante amerita, desde luego, una sanción, no constituye, sin embargo, una conducta de tal gravedad que justifique la aplicación de un castigo desproporcionado, desigual o extremo, considerando las actuaciones previas de la misma autoridad, que, ante eventos semejantes, ha aplicado penas inferiores a la actual, proceder que se ve agravado si se considera que la autoridad reclamada no expuso razonamiento alguno que permita comprender cuáles serían las motivaciones que condujeron a su parte a fijar una sanción considerablemente más alta que otras aplicadas, con anterioridad, ante situaciones de similar entidad"⁹⁴.

Fundamentos similares sostuvo en la sentencia *Transec con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*, donde también se discutía una sanción fundamentada en interrupciones de servicio en relación con el suministro de energía. La Corte afirmó, como fundamento para rechazar la demanda, que "el castigo que en estos autos se cuestiona se encuentra dentro del rango promedio de los 21 precedentes asimilables, recopilados por esta Corte Suprema en el baremo de sanciones impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ordenado confeccionar para estos efectos"⁹⁵.

De forma parecida, en la muy reciente *Colbún Transmisión*, la Corte planteó que "en su recurso de apelación la actora menciona, a título meramente ejemplar y reiterando los antecedentes ya expuestos en su reclamación, un total de siete casos previos, donde cinco de ellos conoció esta Corte, de casos homologables y más graves en cuanto a la extensión de clientes

⁹⁴ *Chilquinta Energía S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2021).

⁹⁵ *Transec S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles Corte Suprema* (2021).

afectados y la duración o tiempo de interrupción que fueron sancionados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, aplicando multas inferiores a la impuesta al apelante”⁹⁶.

Sin duda, estos fallos demuestran un paso adelante de la jurisprudencia en el razonamiento de sentencias que invocan el principio de proporcionalidad para controlar sanciones administrativas, en la línea de lo que hemos concluido en las secciones previas. Las sentencias, no obstante, no están exentas de problemas.

En primer lugar, tanto en *Chilquinta* como en *Colbún*, la Corte decide determinar por sí misma el monto de las sanciones, en lugar de simplemente anular y reenviar el expediente al órgano administrativo (que es lo que correspondería, según los criterios que se han articulado en este trabajo). La Corte pondera por sí misma las circunstancias atenuantes y agravantes que la ley dispone, ejercicio que obviamente conduce a una intromisión en las potestades discrecionales del órgano sancionador.

Además, en todos los casos, el planteamiento de la Corte descansa –con mayor o menor rigor– en precedentes judiciales, que no administrativos. Solo tiene presente aquellos casos– que la Corte ha resuelto previamente, y no el conjunto extenso de casos que conforma el precedente administrativo –en *Colbún*, de hecho, solo emplea los precedentes invocados a título ejemplar por la reclamante. Esta limitación de la exploración del precedente puede prestarse para equívocos, pues podría pensarse que los casos sometidos a la jurisdicción suelen ser precisamente aquellos en que la cuantificación de la sanción resulta cuestionable.

Conclusiones

En este breve texto hemos emprendido la búsqueda de criterios objetivos destinados a depurar la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas. Tras un análisis de las raíces históricas y los matices teóricos del principio de proporcionalidad, en conexión con la doctrina de la discrecionalidad administrativa, hemos arribado a una solución que parece satisfactoria.

La falta de proporcionalidad de una sanción se produce cuando el juez verifica en el precedente administrativo que, ante una infracción similar (o menor), la administración ha aplicado sanciones de menor grado. Esta conclusión resulta de una vinculación de una forma depurada del test de necesidad de Alexy con las características dogmáticas de la discrecionalidad que caracteriza la cuantificación de sanciones administrativas.

Una vez declarada la desproporción, corresponde que el juez reenvíe el expediente a la administración, a fin de que rebaje la multa o bien agregue buenas razones que justifiquen conservar el monto determinado originalmente.

⁹⁶ *Colbún Transmisión S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022).

De lo contrario, al resultar insuficiente el precedente administrativo para “reducir a cero” la discrecionalidad, se estaría excediendo en sus competencias.

Por supuesto, este análisis deja varias preguntas abiertas. Por ejemplo, no resuelve cuál es el estándar de convicción sobre el cual deberá descansar el razonamiento judicial. Tampoco soluciona problemas concretos que solo podrán analizarse caso a caso. Sin embargo, sus lineamientos pueden aportar coherencia y racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad, haciendo más probable su correcta y efectiva utilización como instrumento de control de la cuantificación y determinación de las sanciones administrativas.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional* (91), 11-29.
- ARNOLD, Rainer et al. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Constitucionales* (1), 65-116.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2016). A vueltas con la ponderación. En Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación* (9-37), Lima-Bogotá, Palestra-Temis.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando y Salgado, Constanza (2018). *El Tribunal Constitucional desatado (2): La Constitución protege el abuso*. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/25/la-constitucion-protege-el-abuso/> [fecha de consulta: 18 abril 2023].
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1997). *La discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons.
- BACKENKÖHLER CASAJUS, C.J. (2019). Transplante jurídico. *Revista en cultura de la legalidad*, N° 17, 262-275.
- BARCELONA LLOP, Javier (1994). Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales. *Documentación Administrativa* (237-238), 333-390.
- BARNÉS, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública* (135), pp. 495-522.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XVII), 275-284.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. LegalPublishing.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública. *Revista de Derecho Administrativo* (7), 3-26.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En Carbonell, Miguel, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego [coords], *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (235-276), México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- CASINO RUBIO, Miguel (2021). La graduación ad hoc de las infracciones. Motivos para la discusión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época* (16), 53-70.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014a). *Derecho administrativo sancionador*. LegalPublishing.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014b). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLII), 399-439.
- CORDERO VEGA, Luis (2015a). La culpa infraccional en el Derecho Administrativo sancionador. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=903950&path=/Od/cb/> [fecha de consulta: 20 abril 2023].

- CORDERO VEGA, Luis (2015b). *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª Edición. LegalPublishing.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia. Ediciones DER.
- CRAIG, Paul (2022). Varying Intensity of Judicial Review: A Conceptual Analysis. *Forthcoming, Public Law*.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2008). *El precedente administrativo*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1994). *De la arbitrariedad de la administración*. Civitas.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2014). La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el Derecho chileno: poderes distintos, pero complementarios. En ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo [coords.], *Sanciones administrativas* (239-261). Thomson-Reuters/La Ley.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2018). Bases del derecho administrativo y sentencias del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/03/27/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009). El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. Disponible en: <https://edwinfigueroaag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf> [fecha de consulta: 18 abril 2023].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos", en: *Revista de Administración Pública* (38), 160-205.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1984): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Ed. Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª Ed. Thomson-Civitas.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2016). El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial. *Anuario de Derecho Público* 2016. Ediciones Universidad Diego Portales, 429-448.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2018). Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2019). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis* (26), 2, 193-218.
- HUERGO LORA, Alejandro (2000). Pretensiones de condena en el contencioso-administrativo Navarra, Aranzadi.
- HUERGO LORA, Alejandro (2017). *Las Sanciones Administrativas*. Iustel.
- JUNCEDA MORENO, Javier (2008). Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores. *Revista Documentación Administrativa* (280-281), 119-131.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna. *Anuario de Derecho Público* 2015 Ediciones Universidad Diego Portales.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Polít. crim.* (12), 24, 622-689.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018a). El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)* (XXXI), 1, 209-229.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018b). El retroceso a Soto Kloss. Tribunal Constitucional y sanciones administrativas en materia de aguas". Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/> [fecha de consulta: 20 abril 2023].

- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018c). Sentencia TC SERNAC: una sentencia no minimalista. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 65-83.
- LODOÑO MARTÍNEZ, Fernando (2014). Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. *Revista de Derecho (Valdivia)* (27), 2, 147-167.
- MACRORY, Richard (2006). Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205164501/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2008). La pena como retribución. *Estudios públicos* (108), 117-205.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Polit. Crim.* (9), 18, 543-563.
- MONTERO CARTES, Cristián (2021). Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: el indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (4), 125-151.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2018). Notas sobre el principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*, N° especial, 309-322.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª Ed. Tecnos.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2), 76 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1972). El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. *Revista de Administración Pública* (69), 41-93.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo* (36), 1-26.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio et al. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2ª Ed. Editorial Jurídica.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000). La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo. Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2008). Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española. *Revista de Administración Pública* (178), 157-194.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015). Normas de conducta y normas de control", en: *In Dret* (1/2015), 2-46.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016). *Metodología del derecho administrativo*. Marcial Pons.
- RUFFERT, Matthias (2007). The transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project. Ruffert, Matthias [ed.], *The Transformation of Administrative Law in Europe* (München, Sellier), 3-52.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). Discrecionalidad administrativa y control judicial. Tecnos.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2007). *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Universidad del Externado de Colombia.
- SOTO DELGADO, Pablo (2015). Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Comentario al fallo 'Empresa de Servicios Sanitarios ESSBIO S.A. con Seremi de Salud del Biobío' de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2012. *Revista Chilena de Derecho* (42), 2, 701-714.
- SOTO DELGADO, Pablo (2017). Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. *Anuario de Derecho Público 2017*. Ediciones Universidad Diego Portales. 287-332.
- SOTO DELGADO, Pablo (2021). El reproche personal en el derecho administrativo sancionador. Tirant lo Blanch.

- URBINA MOLFINO, Francisco (2012). A critique of proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, N° 57, 49-80.
- URBINA MOLFINO, Francisco (2018). Fallo SERNAC: un problema de justificación". Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/03/27/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2017). Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo", en: Marín, Juan Carlos y Schopf, Adrián [eds.], *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Thomson Reuters.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018a). Constitucionalidad de las sanciones administrativas en materia de aguas. Disponible en: <http://regcom.cl/2018/01/04/constitucionalidad-las-sanciones-administrativas-materia-aguas/>, 2018 [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018b). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020): *Administraciones públicas y derechos administrativos*. Marcial Pons.
- VON HIRSCH, Andrew (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment, *Crime and Justice* (6), 55-98.
- VON HIRSCH, Andrew (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford University Press.
- WAHL, Rainer (2013). Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán. Marcial Pons.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2010). El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Ius et Praxis* Año 16, N° 2, 249-272.

Normativa Citada

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 52. 18 de diciembre de 2000.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.379.
- Ley N° 21.091 de 2018. Sobre Educación Superior. 11 de mayo de 2018. D.O. N° 42.054.
- Resolución Exenta 85 de 2018 [Superintendencia del Medio Ambiente]. Aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. 31 de enero de 2018.

Jurisprudencia citada

- Chilquinta Energía S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2021): Corte Suprema, 12 de febrero de 2021 (Rol N° 83.664-2020). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Colbún Transmisión S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2022): Corte Suprema, 12 de enero de 2022 (Rol N° 75.624-2021). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Colegio Santo Tomás Curicó Limitada con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 14 de febrero de 2020 (Rol N° 24.006-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Control de constitucionalidad respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, 29 de septiembre de 2016 (Rol N° 2922-2015). Pleno. [Control de Constitucionalidad].
- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna, 26 de agosto de 1996 (Rol N° 244-1996). Pleno. [Control de Constitucionalidad].
- Corporación Monte Aconcagua con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 10 de marzo de 2020 (Rol N° 20.943-2020). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].

- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2016 (Rol N° 17.736-2016). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Fitch Chile Clasificadora de Riesgo Limitada con Superintendencia de Valores y Seguros (2016): Corte Suprema, 19 de mayo de 2016 (Rol N° 7.560-2015). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Fuchs y Plath con Fisco (1908): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero de 1908.
- Fundación Educacional Colegio Leonardo Murialdo de Valparaíso con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 5 de junio de 2020 (Rol N° 25.738-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Ilustre Municipalidad de Maipú (2019): Corte Suprema, 17 de junio de 2019 (Rol N° 8.487-2018). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Sociedad Educacional Fénix Spa con Superintendencia de Educación (2019): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2019 (Rol N° 11.987-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Transec S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles Corte Suprema (2021): Corte Suprema, 5 de julio de 2021 (Rol N° 38.165-2021). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Velásquez Sánchez Néstor con Superintendencia de Valores y Seguros (2020): Corte Suprema, 31 de julio de 2020 (Rol N° 29.982-2019). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].

