

¿ES LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES UN ESTÁNDAR JUSTICIABLE PARA EL RÉGIMEN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS? LA INAPLICABILIDAD DE LA ATRIBUCIÓN DE DECLARAR PRISIÓN POR NO PAGO DE MULTA DEBIDO A INFRACCIÓN SANITARIA

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA*
SERGIO VERDUGO RAMÍREZ**

RESUMEN: los autores comentan la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inaplicabilidad de un precepto del Código Sanitario que le permite al director del Instituto de Salud Pública solicitar al intendente respectivo la privación de libertad de infractores que no hayan pagado multas cursadas con anterioridad, frente a lo cual no existe un posible control judicial que impida la aplicación efectiva de la medida cárcel. Los autores argumentan que el caso es, en realidad, acerca de la separación de funciones, y que el fallo persigue un equilibrio entre el respeto a los derechos de los regulados y el adecuado diseño de políticas públicas en materia sancionatoria. Frente a ello, el trabajo trata algunos aspectos vinculados con el diseño regulatorio y el análisis económico del Derecho. Los autores denuncian la ausencia de una perspectiva amplia del régimen de sanciones, e intentan entregar algunas directrices para investigaciones futuras.

SUMARIO: Introducción. 1. Síntesis del caso y de la decisión. 2. Contexto jurídico del fallo. 3. Futuro del precepto legal cuestionado. ¿Inconstitucionalidad en abstracto? 4. La sentencia y políticas públicas en materia sancionatoria. 4.1. El sancionador carece de imparcialidad por tener interés en la sanción. 4.2. Problema de la imputación de la sanción al individuo responsable. 4.3. Falta de reglas claras en la definición constitucional de los “matices”. 4.4 *Enforcement* y análisis económico del Derecho. 5. Conclusiones. Bibliografía.

* Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago. Magister en Derecho Público y Licenciado en Ciencias Jurídicas, P. Universidad Católica. Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo y Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y de la P. Universidad Católica de Chile.

** Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magister en Derecho Público, P. Universidad Católica. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del

INTRODUCCIÓN

Comentaremos la regla jurisprudencial que emana de la sentencia del Tribunal Constitucional (el “TC”) que declaró la inaplicabilidad del art. 169 del Código Sanitario (en adelante, la “sentencia” o el “fallo”)¹. En dicho caso, el TC declaró la inaplicabilidad de la facultad del director del Instituto de Salud Pública (el “ISP”) para solicitar al intendente la detención de infractores sanitarios que no han pagado las multas cursadas, con el objeto de que sean sometidos a prisión como medida de apremio y sustitución (la denominada “conversión”).

Por tratarse de una sentencia relativamente reciente, aún es difícil visualizar el tratamiento que la jurisprudencia futura hará de ella². Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina ha entendido tempranamente la importancia de este fallo, razón por la cual ya existen algunos comentarios académicos³ y opiniones autorizadas publicadas en medios electrónicos⁴.

Podría pensarse que la sentencia que se comentará se encuadra dentro de la línea jurisprudencial que aplica al Derecho Administrativo Sancionador (el “DAS”) el estatuto de garantías que el Derecho Penal constitucional reconoce cuando hay una manifestación del *ius puniendi* estatal⁵. Argumentaremos que la afirmación anterior es relativa, ya que (y aunque la propia decisión invoca las garantías del Derecho Penal constitucional) esta sentencia simpatiza con la idea de la separación de funciones que un sector de la doctrina ha defendido. Como se verá, existe una eventual contradicción (para el caso) entre la doctrina de la separación de funciones y la aceptación

Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Agradecemos la colaboración del ayudante de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Nicolás Galli B.

¹ TC, rol 1518, 21 de octubre de 2010.

² Aún no existen fallos que hayan utilizado la doctrina de esta sentencia. Lo anterior es sin perjuicio de que otras acciones de inaplicabilidad se hayan presentado respecto del mismo art. 169 del Código Sanitario, las que, sin embargo, fueron declaradas inadmisibles (véase por ejemplo TC, rol 1976, 25 de mayo de 2011); o de la existencia de una prevención aislada de la ministra Marisol Peña, en el fallo del TC, rol 2055, 1 de septiembre de 2011, que cita el fallo que comentamos.

³ Véanse los comentarios favorables a la sentencia de Eduardo SOTO KLOSS (2011) y Julio ALVEAR (2011).

⁴ Ello ha ocurrido, por ejemplo, con la columna de Mario VERDUGO (2010) y con el comentario crítico de José Miguel VALDIVIA (2010).

⁵ Así parece entenderlo la ministra Marisol Peña en su prevención a la sentencia TC, rol 2055, 1 de septiembre de 2011.

de las garantías que el régimen de sanciones penales otorga a los imputados o acusados por la comisión de ilícitos. En efecto, mientras la doctrina de la separación de funciones niega la validez jurídica de ciertas funciones sancionatorias por parte de autoridades administrativas, la idea de vincular el DAS con las garantías penales supone que dichas autoridades gozan válidamente de facultades sancionatorias. Así, mientras una doctrina pretende eliminar atribuciones administrativas (por ser, en realidad, judiciales), la otra supone la limitación de las mismas, lo que requiere un reconocimiento implícito.

Así, y pese a consideraciones expresas en un sentido contrario, sugeriremos que la sentencia abre una ventana parcial a la tesis de la separación de funciones, reduciendo el ámbito de identificación del DAS con el orden penal cuando se trate de preceptos legales que dispongan la facultad administrativa de declarar la prisión de un regulado sin posibilidad de revisión judicial antes de que la sanción sea efectiva. En casos análogos a lo anterior, argumentaremos, habrá que utilizar la doctrina de la separación de funciones que parecía abandonada y, en los demás, habrá que entender la manera en que operan las garantías constitucionales del Derecho Penal en el ámbito del DAS.

Valoraremos el aporte de la sentencia al declarar la inaplicabilidad de un precepto legal irrespetuoso de los derechos fundamentales de los regulados y de arreglos institucionales que la Constitución Política (la “CPR”) establece. El fallo es un avance en el diseño del régimen sancionatorio, ya que representa buenas intuiciones de política pública, logrando equilibrar algunos principios propios de la teoría de la eficacia de las sanciones con algunos mínimos estándares de justicia, como explicaremos.

Por otra parte, aprovecharemos esta oportunidad para formular una crítica a la actual doctrina jurisprudencial del DAS, ya que la manera en que la misma aparece formulada en la jurisprudencia constitucional adolece de problemas desde la perspectiva de las políticas públicas. El objeto de nuestra crítica no es la sentencia en sí misma (la que valoramos), ni tampoco la identificación del DAS con el orden penal, sino que la ausencia de una mirada constitucional más amplia respecto del régimen de sanciones administrativas y la falta de explicaciones claras respecto de la manera concreta en que las garantías penales deben operar en materia administrativa. La ausencia de una perspectiva amplia puede traer costos importantes para la seguridad jurídica y para el objetivo disuasivo de las sanciones,

como se verá. Creemos conveniente que el TC se haga cargo de este punto con el objeto de hacer más predecibles sus futuras sentencias, orientando a las agencias administrativas y a los tribunales en el tratamiento de las normas pertenecientes al DAS.

En primer lugar (1), sintetizaremos el caso resuelto por el TC, los principales argumentos de la sentencia y extraeremos la regla jurisprudencial específica del mismo. En segundo término (2), explicaremos brevemente el contexto jurisprudencial y doctrinario en que la sentencia se encuadra. Luego (3), revisaremos brevemente la posibilidad de que este precepto legal pueda ser declarado inconstitucional en el futuro. Enseguida (4), examinaremos algunos aspectos de la sentencia desde la perspectiva de las políticas públicas. Finalmente (5), presentaremos nuestras conclusiones centrales.

1. SÍNTESIS DEL CASO Y DE LA DECISIÓN

En el año 2009 un grupo de funcionarios de Laboratorio Chile S.A. presentó un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con el objeto de dejar sin efecto unos oficios en que el Director del ISP solicitaba a la Intendencia el arresto con que se apremiaba a dichos funcionarios luego de que no pagaran ciertas multas que fueron determinadas luego de los respectivos sumarios sanitarios. Se trató de un recurso de amparo con carácter preventivo, ya que el arresto por parte de la fuerza pública era inminente⁶. Dentro del procedimiento de amparo, se solicitó al TC que declarara la inaplicabilidad del art. 169 del Código Sanitario, que regula la atribución administrativa de declarar la prisión por no pago de multa. Cabe hacer presente que estaba pendiente una impugnación judicial (que seguía el procedimiento del art. 171 del Código Sanitario⁷) que perseguía dejar sin efecto las multas impuestas. El precepto legal impugnado por el recurso de inaplicabilidad dispone:

⁶ Cabe señalar que el art. 172 del Código Sanitario dispone un principio de ejecutoriedad inmediata, mediante el cual “Las sentencias que dicte la autoridad sanitaria podrán cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de lo que por sentencia definitiva ejecutoriada o que cause ejecutoria resuelva la justicia ordinaria al pronunciarse sobre aquella”.

⁷ Esta impugnación ya no requería de la exigencia de acompañar al recurso el comprobante de pago de la multa, como lo exigía el primitivo art. 171 del Código Sanitario, el que fue declarado inconstitucional con efectos derogatorios por el TC en un caso anterior. Véase TC, rol 1345, 25 de mayo de 2009

“Art. 169 (160) Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa.

Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria”.

El TC acogió la acción de inaplicabilidad mediante una sentencia que sirvió de base para que la Corte de Apelaciones de Santiago acogiera a su vez el recurso de amparo⁸. El fallo del TC fue redactado en conjunto por los ministros Aróstica y Navarro, y solo fueron disidentes los ministros Carmona (redactor del voto particular) y Fernández Fredes. El ministro Viera-Gallo, por su parte, fue autor de una prevención. Los principales argumentos de la sentencia fueron los siguientes:

- a) El ilícito castigado con prisión no es el no pago de la multa, sino que es el mismo hecho que justificó la imposición de la multa, por lo que se descarta el argumento de que la norma implicaba una prisión por deudas (considerando 4)⁹.
- b) Si bien el TC no utiliza la proporcionalidad como principio general de revisión judicial¹⁰, se toman algunos elementos de la misma cuando expresa que el legislador cuenta con “medios alternativos menos lesivos”, lo que se asemeja a la *necesariedad* (considerandos 5, 14 y 32)¹¹. Por otra parte, el TC sí acepta la

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol 3073-2009, 12 de noviembre de 2010.

⁹ VALDIVIA (2010) discute este presupuesto del TC argumentando que el apremio de prisión no es, en sí mismo, una sanción. También lo hace la disidencia. Por su parte, tanto VERDUGO (2010) como SOTO KLOSS (2011) esbozan un desacuerdo en la doctrina del TC sobre la prisión por deudas, aunque ninguno de los dos desarrolla mayormente la idea.

¹⁰ Entre otros trabajos sobre el principio de proporcionalidad en Chile, véase GARCÍA (2011) pp. 104-116

¹¹ En cuanto al principio de proporcionalidad, compartimos que la “sentencia lo establece de pasada, casi incidentalmente, sin profundizar en su argumentación”. ALVEAR (2011) p. 537

utilización constitucional de la proporcionalidad que ha desarrollado la clásica doctrina penalista, por la cual debe existir un equilibrio entre la pena y la conducta ilícita, cuestión que no ocurre con el precepto legal cuestionado al no considerar las circunstancias particulares de la conducta a sancionar (considerandos 28, 29).

- c) Al DAS se le aplican, con matices, las características especiales de las sanciones penales, por lo que los sujetos pasivos de la sanción administrativa es el directamente responsable, en circunstancias que las sanciones que impone el INP no se dirigen en contra de la empresa respectiva (considerando 6). La idea de aplicar las garantías penales se repite luego (considerando 24).
- d) En materia de sanciones administrativas, el acto debe estar ejecutoriado para que pueda cumplirse. Para llegar a esa conclusión, el TC no cita la CPR, sino que interpretaciones de Contraloría y algunas prácticas legislativas (considerando 7), y argumenta sobre la base de la identificación del DAS con el orden penal e invocando el derecho a la acción (considerando 8)¹². El problema es la carencia de la posibilidad de que el reclamo judicial produzca algún efecto antes de que la sanción se cumpla efectivamente.
- e) La sanción es considerada como un apremio ilegítimo (de los prohibidos por el art. 19, N° 1 de la CPR), ya que la norma vulnera la garantía del art. 19, N° 7 de la CPR, al impedir la participación del juez antes de que se perfeccione la prisión (considerandos 17, 18, 19, 21 y 22)¹³, y al tratarse de una sanción que no tiene límites “acotados” en el tiempo (considerando 20).
- f) Se estima que la sanción infringe el debido proceso al no garantizar un proceso jurisdiccional bilateral ante un tercero imparcial (considerando 25). Más adelante expresa que toda

¹² Este argumento es fuertemente rebatido por la disidencia de los ministros Carmona y Fernández.

¹³ En realidad, en estricto sentido, la norma no impide la intervención del juez, sino que omite referirse a ella haciendo que en la práctica se pueda dar la situación de que una persona sea arrestada sin que exista la opción de revisión judicial. Se trata más bien de una omisión del legislador que resulta contraria a la CPR. Sobre esta materia, véase VERDUGO (2009).

privación de libertad “es materia de reserva judicial exclusiva” (considerando 31).

- g) Se utiliza un argumento lógico que persigue armonizar la decisión con el criterio sostenido por el propio TC cuando declaró la inconstitucionalidad del denominado *solve et repete* sanitario (paga y después reclama)¹⁴. Si es inconstitucional el consignar la multa como requisito para reclamar, más intolerable es la situación en que ni siquiera se puede reclamar antes de que proceda la sanción (considerando 26).
- h) Se estima infringida la presunción de inocencia (que tiene fundamentos constitucionales para el TC) al tratar al imputado como culpable antes de que exista revisión judicial (considerandos 33, 34, 35, 36).

Como puede verse, el elemento esencial de la sentencia que motivó la declaración de la inaplicabilidad es la ausencia de un mecanismo de reclamo judicial efectivo que tutele los derechos del imputado con anterioridad a la imposición de la prisión. Ello se encuentra presente y es parte elemental de: (1) el argumento de los apremios ilegítimos (véase los considerandos 17 y 21¹⁵); (2) el razonamiento que opone la revisión judicial oportuna a la ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos sancionatorios (véase el considerando 8); (3) el raciocinio que utiliza el debido proceso como fundamento de la intervención judicial (véase el considerando 25); y (4) el argumento de la (in)consistencia del precepto legal con la inconstitucionalidad del *solve et repete* (véase el considerando 26).

En todos estos argumentos la carencia de mecanismos propiamente jurisdiccionales juega un rol central¹⁶. Los únicos puntos donde ella no es elemental son: (1) el razonamiento sobre la proporcionalidad

¹⁴ Véase TC, rol 1345, 25 de mayo de 2009.

¹⁵ En el considerando 22 el TC concluye el argumento diciendo que la sanción “se trata de un verdadero apremio ilegítimo, al importar una pena privativa de libertad impuesta por vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación”.

¹⁶ Eduardo Soto Kloss agrega un argumento adicional para justificar este punto central de la sentencia (que la sentencia no desarrolla): según este autor, al existir un reclamo judicial, la Administración queda automáticamente inhibida de seguir ejerciendo competencia en la materia, ya que ella no puede “avocarse a causas pendientes” (art. 7 de la CPR). SOTO KLOSS (2011), pp. 231-232. Un argumento similar, citando otro trabajo de Eduardo Soto Kloss, es desarrollado por Julio ALVEAR (2011), p. 535.

y (2) la presunción de inocencia¹⁷. Sin embargo, ninguno de ellos aparece como determinante necesario del resultado a que el fallo arriba. En efecto, en el caso de la proporcionalidad el TC reconoce que aun cuando hubiera correlación entre el monto de la multa y la prisión, ello igual infringiría la exigencia de que la prisión sea “materia de reserva legal exclusiva” (considerando 31). Por su parte, el argumento de la presunción de inocencia es relativizado por el propio TC cuando dice que con el precepto legal cuestionado “*puede* resultar infringido el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución” (considerando 33). No significa que estos argumentos no sean importantes, sino que ellos no fueron necesariamente determinantes del resultado de la decisión del TC.

La ausencia de intervención judicial es, en definitiva, lo que determinó el resultado de la sentencia, lo que nos lleva a acotar la regla jurisprudencial que se genera a lo siguiente: son inconstitucionales aquellos preceptos legales que no establezcan acceso a un juez imparcial (del Poder Judicial) cuando se dispone de una sanción de privación de libertad por parte de una autoridad administrativa, antes de que dicha sanción se lleve a efecto¹⁸.

2. CONTEXTO JURÍDICO DEL FALLO

El fallo se enmarca en la jurisprudencia existente relativa al DAS, por lo que resulta apropiado detenernos brevemente en la historia reciente de esta materia para entender la manera en que la sentencia se encuadra¹⁹.

Algunos autores, encabezados por Eduardo Soto Kloss²⁰, son partidarios derechamente de que se declare la inconstitucionalidad de las facultades sancionatorias de la administración, debido a que las mismas serían contrarias al diseño constitucional basado en la

¹⁷ No consideramos el argumento de la prisión por deudas por haber sido rechazado por el TC.

¹⁸ Cabe hacer presente que existen aspectos relacionados del fallo que el mismo no considera (y que nosotros tampoco analizaremos), como ocurre con la exigencia de que estas materias sean reguladas por una ley, y no por un decreto con fuerza de ley (como es el Código Sanitario). Véase la opinión de SOTO KLOSS (2011) pp. 232-233

¹⁹ Sobre un buen resumen de la jurisprudencia del TC, véase especialmente BOETTIGER (2009).

²⁰ Este autor ha publicado mucho al respecto. A modo de ejemplo, véase SOTO KLOSS (2009), pp. 403-419.

separación de funciones y la independencia del Poder Judicial, argumentos que se unen a exigencias fundadas en un debido proceso constituido por entes jurisdiccionales que entreguen garantías de imparcialidad²¹. Esta idea de separación de funciones ha sido criticada por parte de la doctrina²² y no ha tenido una acogida general en la jurisprudencia del TC²³ ni en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios²⁴. Tal vez por ello, algunos autores que pertenecen a esta línea de pensamiento aceptan la existencia del DAS, pero lo someten a estrictas garantías de protección para los afectados, invocando la identificación del DAS con el orden penal²⁵.

De esta manera, la doctrina de la separación de funciones fue parcialmente sustituida de manera pragmática por la idea de entregar mayores garantías a los derechos fundamentales, para lo cual el Derecho Penal resulta una herramienta útil. La identificación del orden penal con el DAS es acogida por el TC desde el año 1996²⁶. Así, por ejemplo, en el debate actual relativo a la normativa supletoria del DAS, se discute si correspondería aplicar la prescripción que el Código Penal asigna a las faltas, o las reglas generales del Código Civil²⁷.

²¹ En particular, nosotros aceptamos en otro trabajo la existencia de anomalías constitucionales por parte de ciertas agencias reguladoras (basado principalmente en las superintendencias), y hemos propuesto reformas constitucionales que, siendo consistentes con el argumento de la separación de poderes, también consideren algunas recetas convenientes en materia de diseño institucional. Véase GARCÍA y VERDUGO (2010). Acerca de las anomalías de las superintendencias, véase también el trabajo de DÍAZ DE VALDÉS (2010).

²² Véase por ejemplo CAMACHO (2007).

²³ Salvo tal vez por TC, rol 184, 7 de marzo de 1994, sentencia en la que participó el mismo Eduardo Soto Kloss.

²⁴ Cobra especial importancia la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, especialmente de la Corte Suprema, en la época anterior a la reforma constitucional de 2005. Véanse algunos fallos de la Corte Suprema citados por ARÓSTICA (1988), p. 45, que reconocen la constitucionalidad del poder sancionatorio de la Administración.

²⁵ Es el caso del actual ministro del TC, Iván Aróstica: “la prudencia impone una *segunda vía*, una respuesta paliativa y parcial pero efectiva (...)”. Parte de esa “segunda vía” (la primera es la inconstitucionalidad de los poderes sancionatorios) consiste, en parte, a la aplicación de los principios jurídico-penales. Véase ARÓSTICA (1988), p. 48.

²⁶ TC, rol 244, 26 de agosto de 1996. La misma posición ha sido asumida por la Contraloría General de la República en Dictamen N° 14.571 (2005). Hay bastante literatura relativa a la aplicación de garantías penales en el DAS. Solo a modo de ejemplo, véase ALCALDE (2003), pp. 224-239; AGUERREA (2005), pp. 51-62; ROMÁN (2008), pp. 107-141; GARCÍA (2009), pp. 353-362, y una aplicación específica en DÍAZ DE VALDÉS y VERDUGO (2010).

²⁷ Por la tesis del Código Penal, se ha pronunciado Iván ARÓSTICA (2005) y la Contraloría General de la República, en Dictamen 68.086 (2010) y la Corte Suprema,

Sin embargo, esta identificación se encuentra en tensión con el ya tradicional argumento de la separación de funciones, en tanto este último (recordemos) conduce siempre a la inconstitucionalidad y no (como lo hace la jurisprudencia) a exigir garantías²⁸. En la identificación del DAS con el orden penal, la constitucionalidad está sujeta a condiciones²⁹, mientras en la separación de funciones no existe condición alguna que permita superar la inconstitucionalidad (salvo la reforma constitucional). Por lo mismo, la defensa de las garantías penales en los procedimientos sancionatorios administrativos por parte de los partidarios de la doctrina de la separación de poderes, obedece a una concepción pragmática que resulta más factible de ser aceptada y, al mismo tiempo, entrega elementos de protección a los derechos de los regulados. Esta última es, finalmente, la motivación mayor de quienes sostienen esta doctrina, razón por la cual no ha sido difícil que ellos hayan aceptado entrar al debate.

Así las cosas, se renunció (bajo reserva si se quiere) a la lucha por la inconstitucionalidad del DAS, a cambio de garantizar los derechos de los regulados mediante procedimientos respetuosos e imparciales. Posteriormente, la jurisprudencia del TC fue más allá, y relativizó la identificación del orden penal con el DAS en decisiones que admitieron la existencia de matices que alterarían parcialmente la definición de las garantías de contenido penal en el DAS³⁰.

En esta línea de fallos sobre el DAS, el TC declaró la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad del denominado *solve et repete* sanitario contenido en el art. 171 del Código Sanitario³¹, debido a que la exigencia de pagar la multa para poder presentar el reclamo

rol 4627-2008; 5455-2009; 3283-2009; 7629-2009, aunque esta última ha sido dubitativa al respecto. Véase una aplicación del Código Civil como regla subsidiaria en SEC con Cuevas Jara, rol 4463-2009, septiembre de 2009.

²⁸ Por eso, “el Tribunal Constitucional ha partido de la base de que la potestad sancionadora de la Administración no es inconstitucional”. MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2011) p. 220.

²⁹ Véanse algunos casos en que el TC ha exigido requisitos asociados con el procedimiento administrativo previo a la sanción. TC, rol 376, de 17 de junio de 2003; y TC, rol 437, 21 de abril de 2005.

³⁰ TC, rol 479, 8 de agosto de 2006 y TC, rol 480, 27 de junio de 2006. Como se explicará, la sentencia que se comenta en este trabajo también sigue la línea de la matización de la identificación entre las garantías de orden penal con las del DAS.

³¹ TC, rol 1345, 25 de mayo de 2009. El precepto había sido declarado inaplicable en 6 oportunidades antes de la declaración de inconstitucionalidad con efectos derogatorios, tal como el propio TC lo recuerda en el considerando 3.

violaba varias garantías vinculadas con el debido proceso. Este caso es particularmente importante para la sentencia que comentamos en este trabajo, ya que se trataba de una norma que operaba en conjunto con el precepto declarado inaplicable (el art. 169 del Código Sanitario). Por ello el TC estimó que si el *solve et repete* sanitario es inconstitucional, con mayor razón es inconstitucional la facultad sancionatoria de declarar la pena de prisión sin posibilidad de revisión judicial efectiva (considerando 26). Por lo anterior, no es de extrañar que la manera en que los ministros votaron haya sido similar en ambos casos³² y es fácil entender las conexiones entre ambas sentencias.

En el caso que comentamos, se planteaba la pregunta acerca de si la facultad administrativa sancionatoria de declarar la prisión se adecúa o no a la CPR, cuestión que previamente el TC ya había parcialmente aceptado a propósito de un precepto contenido en el Código Tributario³³, él contiene una norma que permite a la justicia ordinaria decretar el arresto como medida de apremio. Se trata de casos diferentes, como resulta evidente. Es la participación de un juez lo que hace la diferencia. Fue, efectivamente y como ya vimos, la carencia de un mecanismo de tutela judicial lo que hizo que el TC declarara la inaplicabilidad del art. 169.

Así las cosas, el problema va mucho más allá de una garantía subjetiva asociada al debido proceso. Se relaciona con la participación de un poder del Estado en una materia que es de “reserva judicial exclusiva” (considerando 31)³⁴. No es solo un problema de dere-

³² En efecto, todos los ministros que seguían ejerciendo su mandato en el caso del art. 169 del Código Sanitario, mantuvieron su votación. Fernández Fredes mantuvo su disidencia y Bertelsen, Vodanovic, Fernández Baeza, Peña y Navarro se mantuvieron en la mayoría (aunque Navarro había formulado una prevención, en el fallo siguiente fue corredactor). Venegas no participó de la segunda sentencia y Colombo, Cea y Correa ya habían dejado de ser ministros en ejercicio. La sentencia anotó la presencia de tres ministros nuevos: Aróstica (en la mayoría, y corredactor), Carmona (en la disidencia) y Viera-Gallo (en la mayoría y autor de una prevención).

³³ TC, rol 1006, 22 de enero de 2009.

³⁴ Hay otras sentencias importantes que valoran la participación de los jueces como garantía para los derechos fundamentales, aunque se trata de casos diferentes. Así, por ejemplo, en la sentencia que declaró la constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba el Código Tributario permitiendo acceder a información considerada como secreta, el TC consideró como garantía adecuada la existencia de un permiso judicial previo. TC, rol 1528, 19 de noviembre de 2009. Otro ejemplo relevante se dio con ocasión de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de parte del

cho subjetivo, sino que es también un problema de distribución de competencias. Bajo la sentencia, es inconstitucional entregarle a la administración la facultad de declarar la prisión de un regulado sin la debida intervención judicial. Es cierto que dicha intervención judicial es considerada una garantía del DAS, pero no debe olvidarse que ella se conecta fuertemente con la concepción que estima que los jueces (del Poder Judicial, independientes e imparciales) están en una posición más favorable para resolver cuestiones relativas a la aplicación de una sanción³⁵, especialmente cuando son tan gravosas que conllevan la privación de libertad.

En consecuencia, la sentencia ha sido celebrada por Eduardo Soto Kloss³⁶. No es de extrañar, ya que ella abre una ventana para que el argumento de la separación de funciones prospere nuevamente, atendida la inconstitucionalidad de una facultad o competencia³⁷. Se trata, por supuesto, de una ventana acotada y parcial, pero es coherente con la jurisprudencia citada del TC. En consecuencia, en aquellos casos en que la Administración tenga facultades sancionatorias muy gravosas, sin intervención judicial efectiva, puede volver a argumentarse sobre la base de la separación de funciones. Y en el resto de los casos (como en el del art. 93 del Código Tributario), el problema es de aceptación de la constitucionalidad cuando existen las garantías constitucionales apropiadas.

proyecto de ley que creaba registros para los cibercafés. En dicha sentencia, el TC estimó que la ausencia de autorización judicial previa en la vigilancia e inspección de la policía e inspectores municipales sobre los registros reservados de los cibercafés, violaba el art. 19, N° 4 de la CPR. Véase el considerando 13, TC, rol 1894, 12 de julio de 2011.

³⁵ Por ello puede decirse que esta visión es similar a la doctrina del TC relativa a la inconstitucionalidad de la delegación de la función jurisdiccional que motivó la declaración de inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario. TC, rol 681, 23 de marzo de 2007.

³⁶ Quien felicita al TC y califica la sentencia es “excelente”. SOTO KLOSS (2011), pp. 232-233. A su vez, Julio Alvear evalúa la sentencia de “impecable”. ALVEAR (2011), p. 531.

³⁷ Julio Alvear dice que “Lo que está en juego no es algo menor. Se trata de una cuestión de principios no de accidentales incidencias”, referido a que la Administración queda inhibida de actuar. ALVEAR (2011), p. 535. Este mismo autor luego agrega que “No parece que la analogía con el derecho penal sea a este respecto tan clara a la hora de fundar esta potestad sancionatoria [la privación de libertad] del Estado administrador”. ALVEAR (2011) p. 539. Ello es cierto, justamente porque el argumento del *ius puniendi* es incompatible con la separación que funciones que parece aceptar este autor.

3. FUTURO DEL PRECEPTO LEGAL CUESTIONADO: ¿INCONSTITUCIONALIDAD EN ABSTRACTO?

Sin perjuicio de que se trata de un recurso de inaplicabilidad, la sentencia contiene un razonamiento abstracto de la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado³⁸. Lo anterior no es raro en la jurisprudencia actual del TC, donde es frecuente encontrar este tipo de argumentos³⁹, los que relativizan la diferenciación que en un comienzo tanto el TC como la doctrina realizaban entre el control concreto (de la inaplicabilidad) y el control abstracto (de la inconstitucionalidad)⁴⁰.

Si se admite que existen diferencias entre ambos tipos de control, entonces la utilización de argumentos abstractos por parte del TC nos haría ser optimistas respecto de la procedencia de una posible inconstitucionalidad. Sin embargo, hoy no es posible admitir estas diferencias debido a las múltiples experiencias jurisprudenciales que han terminado por eliminar dicha diferenciación en la práctica (sin perjuicio de que dicha diferenciación persista en la teoría). Si no hay diferencias, ¿entonces todo precepto declarado inaplicable debiera ser declarado inconstitucional? La experiencia demuestra lo contrario⁴¹.

³⁸ Ello queda en evidencia en los argumentos que ya resumimos. Resulta útil considerar, además, que (1) en la parte considerativa de la sentencia no se hace alusión alguna a los hechos del caso; (2) el TC confronta directamente el precepto legal con los argumentos constitucionales que emanan de normas específicas de la CPR; (3) el TC realiza muchas declaraciones abstractas que no son especialmente decisivas para el caso (como la de la prisión por deudas o la explicación general del DAS y de los apremios ilegítimos); (4) a que la inconstitucionalidad se infiera de lo que el legislador debió hacer (regular el reclamo judicial de manera de impedir la ejecutoriedad inmediata de la sanción) y no hizo; y (5) que la desproporcionalidad de la sanción en el caso no sea relevante ya que ella es igualmente inconstitucional (véase considerando 31), entre otros aspectos que pueden citarse para justificar el carácter abstracto del razonamiento.

³⁹ Así, por ejemplo, el TC ha declarado inaplicable un precepto legal por tener vicio de forma (véase TC, rol 1865, 14 de julio de 2011), lo que constituye un control constitucional alejado de los hechos del caso concreto. Ello queda de manifiesto en la sentencia citada gracias a la opinión disidente (y solitaria) del ministro Viera-Gallo. Véanse otros ejemplos en VERDUGO (2010).

⁴⁰ Véanse algunas opiniones autorizadas en NÚÑEZ (2008), p. 126; CAZOR y PICA (2009); COLOMBO (2009), p. 71, y SAENGER (2009), p. 280.

⁴¹ El caso más emblemático lo representan las inaplicabilidades del art. 2331 del Código Civil (véanse TC rol 943, 10 de junio de 2008; TC, rol 1185, 16 de abril de 2009; TC, rol 1419, 9 de noviembre de 2010; TC, rol 1463, 23 de septiembre de 2010; TC, rol 1679, 15 de marzo de 2011; TC, rol 1741, 14 de marzo de 2011; TC, rol 1798, 29 de marzo de 2011) donde finalmente se produjo un proceso de oficio para declarar

En definitiva, la inconstitucionalidad dependerá de la capacidad de la mayoría para reunir los votos necesarios entre los ministros⁴². El art. 93, N° 7 de la CPR exige que la declaración favorable de la inconstitucionalidad sea votada por la mayoría de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio. En otras palabras, se requiere de 8 votos (son 10 ministros en total).

La sentencia tiene 6 votos favorables (ministros Aróstica, Navarro, Bertelsen, Vodanovic, Fernández Baeza y Peña), una prevención (ministro Viera-Gallo) y una disidencia suscrita por dos ministros (Carmona y Fernández Fredes). Se encontró ausente el ministro Venegas, el que ejercía como presidente del TC en la época en que se dictó el fallo. Sin embargo, parece probable que el ministro Venegas se sume al razonamiento de la mayoría⁴³. Si esa situación se diera, existirían 7 votos favorables a la inconstitucionalidad.

Hay, a nuestro juicio, dos elementos que debieran definir si en una eventual inconstitucionalidad se conseguirían los 8 votos necesarios: (1) el comportamiento del ministro Viera-Gallo; y (2) el del ministro Gonzalo García, quien reemplazó a Mario Fernández.

En su prevención, el ministro Viera-Gallo restringe el carácter general de la inaplicabilidad al asociarla al caso concreto y al reconocer la legitimidad de la presunción de legalidad y del imperio y la ejecutoriedad de las sanciones administrativas, en cuanto actos sometidos a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Si bien el ministro votó a favor de la inaplicabilidad, la prevención hace pensar que probablemente rechazaría la inconstitucionalidad en abstracto. Como ya explicamos antes, el ministro Viera-Gallo

la inconstitucionalidad con efectos derogatorios de la norma, el que fracasó por falta de quórum. Véase el “acuerdo” del TC, rol 1723, 24 de mayo de 2011.

⁴² Como lo ha señalado una sentencia redactada por el ministro Aróstica, existen normas inconstitucionales cuya declaración de inconstitucionalidad en abstracto ha sido rechazada debido solamente a “no haberse reunido el quórum constitucional a ese efecto”. En esa sentencia la mayoría le da un valor importante a las sentencias de inaplicabilidad previas, sin importar que la inconstitucionalidad general hubiera sido rechazada por el problema del quórum. TC, rol 1865, 14 de julio de 2011, considerando 4°. La consideración anterior lleva a asociar la inconstitucionalidad a una concepción realista donde el comportamiento de votación de los jueces importa más que la doctrina jurídica citada.

⁴³ Recuérdese que el ministro Venegas votó a favor de la inconstitucionalidad con efectos derogatorios del denominado *solve et repete*, contenido en el art. 171 del Código Sanitario. TC, rol 1345, 25 de mayo de 2009.

Cree en la distinción entre control concreto y abstracto, lo que vuelve algo impredecible su comportamiento futuro.

Por su parte, el reemplazo de Gonzalo García por Mario Fernández hace más difícil el análisis prospectivo, ya que si el primero no mantiene la posición del segundo, entonces la mayoría perdería un voto esencial y se haría imposible la procedencia de la inconstitucionalidad.

Así las cosas, y asumiendo que los demás ministros (los de mayoría y los disidentes) mantienen sus comportamientos de votación constantes, es poco probable que en el corto plazo se declare la inconstitucionalidad del precepto legal declarado inaplicable. Sin perjuicio de ello, creemos que muy posiblemente dicha norma seguirá siendo declarada inaplicable en casos futuros, lo que dependerá (en parte) de la operatividad y el tratamiento que el director del ISP y los tribunales hagan de la norma cuestionada en el futuro.

4. LA SENTENCIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA SANCIONATORIA

En este apartado analizaremos algunos aspectos de la sentencia que nos parecen importantes desde la perspectiva de las políticas públicas. Algunos de ellos se asocian específicamente al régimen de sanciones sanitarias a que el precepto legal declarado inaplicable pertenece, y otros se vinculan con defectos más amplios relacionados con el sistema de DAS en general. No todos los aspectos que criticamos son responsabilidad (a lo menos exclusiva) del TC, sino que, en su mayoría, responden a la ausencia de una perspectiva acabada del DAS como sistema, el que ha sido diseñado mediante el establecimiento de regímenes normativos especiales que no se coordinan necesariamente con una mirada general de las sanciones administrativas.

4.1 El sancionador carece de imparcialidad por tener interés en la sanción

En virtud del art. 179 del propio Código Sanitario, las “multas que se impongan por infracción a las disposiciones del presente Código y sus reglamentos (...), serán a beneficio del Servicio Nacional de

Salud (...). Las multas deberán integrarse directamente al organismo local de salud que las aplicó⁴⁴. En otras palabras, los montos que el ISP pueda recaudar por concepto de multas, constituirán un ingreso para el propio ISP.

Como puede advertirse, el sancionador se beneficia de las sanciones que cursa. En consecuencia, existe un incentivo para que el sancionador imponga la mayor cantidad de sanciones pecuniarias posibles, lo que incrementa las dudas relativas a la verdadera imparcialidad de la autoridad administrativa. El estímulo económico del ISP se ve reflejado en los montos que efectivamente ingresan a su patrimonio producto del ejercicio de sus propias funciones sancionadoras⁴⁵. La facultad de declarar la prisión sin revisión judicial puede hacer especialmente gravosa la tendencia a cursar las mismas, por cuanto constituye en un fuerte apremio que persigue convencer a los supuestos infractores de pagar.

La regla jurisprudencial de la sentencia hace menos importante esta situación, al eliminar para el caso particular la existencia de este poderoso mecanismo. Sin embargo, lo anterior no es suficiente, ya que solo con una revisión legislativa más acabada podría modificarse el perverso incentivo existente, el que resulta aplicable de modo general para todo el régimen sancionador en materia sanitaria. Estimamos que ni siquiera una sentencia de inconstitucionalidad con efectos generales podría, en el contexto actual, resolver este problema.

4.2 Problema de imputación de la sanción al individuo responsable

En el diseño sancionatorio del Código Sanitario, las multas son impuestas a personas naturales, y no necesariamente a la persona jurídica a la que pertenecen. En el caso que motivó la sentencia que comentamos, las multas fueron impuestas a los representantes lega-

⁴⁴ Cabe hacer presente que, de acuerdo al art. 16, inc. penúltimo del Decreto Ley 2763, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los servicios de salud, los “Servicios serán los continuadores legales del Servicio Nacional de Salud y del Servicio Médico Nacional de Empleados, dentro de sus respectivos territorios, con los mismos derechos y obligaciones que a estos”.

⁴⁵ Las multas y sanciones pecuniarias representaron, al año 2010, un 1,4% del total de los ingresos devengados del ISP. De un total de M\$ 17.459.392, los ingresos por este concepto ascendieron a M\$ 259.868. Véase el balance de gestión integral del ISP, p. 33.

les, al director técnico y al jefe de control de calidad de Laboratorio Chile S.A. Lo anterior hace que la prisión por el no pago recaiga justamente sobre dichas personas.

Al ser una medida de carácter corporal, la prisión no puede, en todo caso, recaer sobre una persona jurídica (que es ficticia), lo que hace que quienes deban responder de las infracciones sean diferentes a aquel que se beneficia del ilícito cometido.

El TC, en un breve considerando, reprocha que las sanciones no se impongan a la empresa respectiva, sino a determinados funcionarios (considerando 6). Con ello, la sentencia intuye correctamente cómo debiera ser el diseño adecuado de la sanción para que ella sea efectivamente disuasiva: imputar la sanción a la institución efectivamente responsable⁴⁶.

4.3 Falta de reglas claras en la definición constitucional de los “matices”

Para que las sanciones administrativas cumplan con el objetivo de disuadir a los regulados de cometer ciertos ilícitos, es necesario que la determinación de las mismas sea transparente, clara y predecible. Si existe confusión en torno a la posibilidad de que una sanción pueda o no producirse, o si existen posibilidades de eludir la misma, entonces el objetivo de ella puede no lograrse. La definición de estándares claros es fundamental para que el regulador y sancionador sea consistente en el ejercicio de su función y, desde luego, para que el regulado pueda distinguir fácilmente lo lícito de lo ilícito. Ello no solo resulta una exigencia de seguridad jurídica y de un correcto entendimiento de la igualdad en la protección de los derechos, sino que también representa un imperativo que una buena teoría de políticas públicas debiera demandar. Sin embargo, la jurisprudencia del TC en materia de DAS no es completamente clara. Veamos por qué.

Como hemos visto, el TC sostenido reiteradamente que los regulados por el DAS gozan, en principio, de las garantías que rigen para el Derecho Penal. De esta manera, para entender cabalmente

⁴⁶ Sobre esta materia, analizando justamente el problema regulatorio del Instituto de Salud Pública, véase ENTEICHE (2010).

el régimen general de sanciones administrativas, hay que considerar un conjunto adicional de elementos que no se encuentran en las regulaciones específicas, sino que en la CPR y en la legislación penal. El correcto entendimiento de estas garantías resulta elemental, ya que ellas tienen la capacidad de determinar los resultados concretos de una causa. Así, por ejemplo, si una sanción no puede operar retroactivamente, ella no puede ser aplicada a un regulado que incurrió en el ilícito con anterioridad. Asimismo, si el legislador debe disponer expresamente de ciertos elementos específicos de la conducta punible, entonces aquellos preceptos que dispongan sanciones sin un establecimiento de los mismos no van a poder ser ejercidos en contra de los regulados.

Frente a lo anterior, resulta indispensable estudiar los alcances concretos de la identificación del Derecho Penal con el DAS. La CPR dispone de reglas generales que necesitan de complementos legislativos y/o jurisprudenciales y la legislación administrativa no es enteramente clara al respecto. ¿Cuáles son las garantías sancionatorias de los regulados en el Derecho Administrativo? En una primera parte de su jurisprudencia, el TC dispuso las del Derecho Penal⁴⁷. Sin embargo, en una segunda parte el TC relativizaría su afirmación⁴⁸.

Si bien la sentencia que comentamos en este trabajo resuelve el caso particular utilizando argumentos más propios de la separación de funciones que del DAS, ella realiza varias declaraciones en que parece aceptar esta segunda parte de la jurisprudencia (la que relativiza la aplicación de las garantías penales a los regulados del Derecho Administrativo). En efecto, ella dispone que (1) al DAS “(...) debe aplicarse, con *matices*, similar estatuto (...)”, referido al régimen sancionatorio penal (considerando 6); y que (2) “las sanciones administrativas han de sujetarse, *preeminentemente*, a las garantías y principios inspiradores del orden penal” (considerando 8). Idea similar fue reiterada en el considerando 24⁴⁹. Lo anterior resulta

⁴⁷ TC, rol 244, 26 de agosto de 1996.

⁴⁸ Véase por ejemplo TC, rol 479, 8 de agosto de 2006, y TC, rol 480, 27 de junio de 2006.

⁴⁹ Si bien estas declaraciones no fueron elementales para la solución del caso (por lo que no forman parte de la regla jurisdiccional que debe extraerse de la sentencia), ellas entregan importantes pistas acerca de la doctrina que la mayoría de los ministros suscribe en materia de DAS.

problemático desde la perspectiva de la definición de reglas claras de sanción.

Si bien el ordenamiento constitucional no da muchas pistas textuales acerca de cuáles son las garantías que operan en el DAS (o cuál es la intensidad con que ellas debieran operar), sostener la identificación del mismo con el orden penal (como lo ha hecho el TC) implica hacerse cargo de su definición. La doctrina del TC admite la utilización de las garantías penales “con matices”. ¿Qué significan esos matices? ¿Cuáles son las garantías susceptibles de ser relativizadas? ¿Cómo opera la matización de las mismas? ¿En qué casos corresponde relativizarlas?

Todas estas preguntas carecen de respuestas concretas. Parece ser que el TC se ha inclinado por un análisis casuístico, lo que podría traer problemas en el futuro. Sería conveniente que sea el propio TC el que explique con mayor detalle la manera en que su doctrina del DAS debe operar, realizando las distinciones necesarias para que el régimen sancionador otorgue más certeza y predictibilidad. Si bien nos parece encomiable el esfuerzo del TC por construir una doctrina respetuosa de los derechos fundamentales de los regulados, debemos hacer hincapié en la necesidad de que ella sea desarrollada con mayores precisiones.

En este sentido, existen varias posibilidades para que el TC entregue mayor certeza:

En primer lugar, (1) abandonar la identificación del DAS con el Derecho Penal. Así, por ejemplo, (1.1) puede elegir la doctrina de la separación estricta de funciones, lo que lo obligaría a revisar la constitucionalidad del régimen de sanciones en general. Esta alternativa nos parece correcta en casos como el que aborda la sentencia, pero no parece conveniente utilizarla para la generalidad. Otra alternativa (1.2) es que, junto con abandonar la identificación del DAS con el orden penal, el TC opte por construir una teoría del DAS autónomo, lo que arrojaría muchos vacíos normativos y probablemente incrementaría los problemas de certeza y predictibilidad. Una tercera opción (1.3) es que el TC identifique al DAS con las normas del Derecho Civil (por ser, supuestamente, supletorias y de general aplicación). Esta opción arroja costos importantes para los derechos fundamentales de los regulados (plazos extensos de prescripción de la sanción, ausencia de tipicidad, flexibilidad del

principio de irretroactividad y del principio de inocencia, etc.), por lo que no resulta aconsejable.

En segundo término, (2) puede insistirse en la identificación del DAS con el Derecho Penal. Si ello es así, puede optarse por (2.1) un sistema de aplicación automática de garantías penales que no reconozca matices, solución demasiado categórica que el propio TC ha desechado, como ya vimos⁵⁰. Otra solución es (2.2) el camino elegido por el TC, que consiste en matizar la regla anterior, admitiendo que las exigencias de las garantías penales rigen de manera diferenciada. Lo anterior dependería del tipo de garantía (procedimental o sustantiva), del tipo de sanción (económica –donde habría que distinguir entre multa y clausura o prohibición– o restrictiva de libertad), o de la clase de conducta que se experimenta. Este ejercicio, de suyo complejo, resulta ineludible si se elige el sistema de relativización propuesto por el TC. Con la sentencia que comentamos existe mayor certeza respecto de un aspecto vinculado con el tipo de sanción (son inconstitucionales las sanciones administrativas que priven de libertad con ejecutoriedad inmediata sin revisión judicial), pero no se resuelven todos los problemas ni se explican todos los matices a que se hace alusión. Ello, estimamos, es una tarea que el TC debiera abordar en fallos futuros.

4.4 *Enforcement* y análisis económico del derecho

El principal objetivo de los sistemas de fiscalización y sanción administrativa es que exista cumplimiento de las regulaciones que se pretende promover de manera de evitar efectos adversos. En este sentido, su finalidad debiese ser esencialmente preventiva, para luego ser reactiva. Un sistema de fiscalización administrativa que busca cumplir con múltiples objetivos y actuar en las más diversas hipótesis, es uno destinado a generar excesivos costos sociales y, en definitiva, a fracasar.

Es por lo anterior que en realidad cuando hablamos de *enforcement*, consideramos un ciclo de aplicación de las regulaciones, de las cuales la aplicación de sanciones es una sola de las partes de dicho ciclo. No debemos olvidar que para el regulador el sistema sancio-

⁵⁰ TC, rol 244, 26 de agosto de 1996.

natorio tiene una lógica de política pública. Es, en otras palabras, una vía para regular.

El *enforcement* regulatorio –que descansa principalmente en el sistema sancionatorio– puede ser analizado desde la racionalidad económica, esto es, para nuestros efectos, desde el análisis económico del Derecho⁵¹. Sobre la base de esta, es posible inferir algunos patrones del “comportamiento sancionatorio” de diversas agencias regulatorias, para sancionar los incumplimientos de las empresas reguladas (o sus ejecutivos) y entender, por ejemplo, por qué es beneficioso para la agencia la existencia de altas penas (*i.e.*, privativas de libertad como en el caso en análisis) a tan bajo costo.

En este ámbito, el punto de partida lo encontramos en el modelo de comportamiento criminal desarrollado por Becker a fines de los 60⁵²: una persona comete un delito (o una infracción administrativa) porque los beneficios esperados por esta superan los costos esperados⁵³.

En este sentido, desde la perspectiva del *enforcement* regulatorio, se asume el modelo clásico de empresa maximizadora de utilidades (regulado), que actúa sobre la base de información perfecta acerca de los costos y beneficios de su accionar ilícito o temerario. Parte de esa información está dada por las sanciones aplicadas por el regulador en casos anteriores, lo que permite incorporar las sanciones esperadas en dicho balance costo-beneficio. La potencial publicidad negativa y los costos de imagen que podrían soportar regulados incumplidores, actuarían como disuasivo.

⁵¹ SHAVELL (2004), SHAVELL y POLINSKY (2007).

⁵² BECKER (1968).

⁵³ Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de los delitos pecuniarios o patrimoniales) o intangibles (en los casos de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen varios gastos directos (armas, herramientas, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del criminal (estudiar, trabajar, ocio, etc.) y los costos esperados del castigo penal. POSNER (2000) pp. 209-239. Literatura empírica reciente, siguiendo el trabajo de Becker muestra que los delincuentes responden a los cambios ocurridos en los costos de oportunidad, en la probabilidad de la aprehensión, en la severidad del castigo y en otras variables relevantes como si fuesen efectivamente los calculadores racionales del modelo económico; y esto independiente de si los delitos se cometen por la ganancia monetaria o pasional, por personas bien o poco educadas, o por menores. Al respecto, véase ERLICH (1996), LEVITT (1996) y, más recientemente, LEVITT (2004).

Sin embargo, también se debe reconocer una serie de falencias que deben ser consideradas en la actuación de las agencias. En efecto, las agencias regulatorias (como las superintendencias en general) tienen recursos limitados para cumplir con su cometido fiscalizador. Ello importa la existencia de bajos niveles de fiscalización en un sentido cuantitativo (pocos casos), pero con un alto impacto (cualitativo). Así, las actuaciones de la agencia regulatoria serían costo-efectivas. En otras palabras, puede tener mucha más efectividad como estrategia del regulador enviar una señal poderosa al mercado (que incluya al conjunto de regulados o agentes económicos relevantes) mediante unas pocas sanciones ejemplares a uno o más regulados. En efecto, un actuar así podría tener mayor valor que muchas, pero más suaves, sanciones. Lo anterior, también podría explicar por qué es común la litigación “por la prensa” o la búsqueda de sanciones sociales (informales) con ello. De hecho, el solo anuncio de sanciones o el inicio de una investigación puede tener impacto en el valor bursátil del regulado “sospechoso”.

Asimismo, existe una serie de problemas que afectan el buen cometido de estas agencias al momento de cumplir con su rol en el *enforcement* —como en otros ámbitos de su cometido—: la cultura organizacional, problemas de acción colectiva, captura por la industria regulada, agendas propias de los directores de la agencia (el superintendente “candidato a”), la persecución del interés particular de la agencia (maximizar presupuesto y poder dentro del aparato estatal) más que del óptimo social (cumplir su cometido), entre otros.

Fruto de lo anterior es que para las agencias resulta costo-efectivo que el ordenamiento provea de sanciones altas (tan altas como la privación de libertad), lo que permite establecer una asignación de recursos en materia de fiscalización que minimice recursos humanos, tecnológicos y económicos⁵⁴.

⁵⁴ Respecto de este último punto, por ejemplo, y haciendo una analogía con el sistema penal, se puede disminuir el número absoluto de fiscalizadores (policías) si acaso se aumentan las sanciones (penas) dado que la sanción esperada se mantiene igual. Desde el punto de vista del regulado potencialmente infractor es lo mismo *ex ante* enfrentar una pena de 100 con una probabilidad de 1%, que una de 10 con una probabilidad de 10% (piénsese en una multa o en una condena privativa de libertad medida en años de condena). Sin ir más lejos, la Reforma Procesal Penal está construida sobre la base de esta lógica. En este contexto debe entenderse el uso del principio de oportunidad y los términos facultativos de que dispone el Ministerio Público para lograr una persecución criminal eficiente. El mejor ejemplo es el uso que se hace, bastante discrecional, del

El problema radica precisamente en que este modelo pierde legitimidad social cuando es llevado al extremo, lo que pone de relevancia la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes que, mediante tests constitucionales como el de proporcionalidad, sean capaces de ponderar adecuadamente los diversos bienes que están en juego. Precisamente eso es lo que logra el TC en este caso.

Desde la perspectiva regulatoria se han buscado proponer modelos de sanción óptimos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el trabajo de Ogus⁵⁵, quien ha intentado establecer una tipología de los diferentes regímenes de sanción dependiendo del área del Derecho comprometida o, lo que es lo mismo, de los bienes jurídicos en juego (Cuadro N° 1).

CUADRO N° 1
Diferencias entre los sistemas de *enforcement*

	Derecho Penal	Derecho Privado Civil	Derecho Público (Civil)	Derecho Administrativo
Perseguidor	Perseguidor público (fiscal)	Víctima	Agencia regulatoria	Agencia regulatoria
Resolutor (<i>decision-maker</i>)	Corte	Corte	Corte	Agencia regulatoria
Sanciones	Multa Confiscación Prisión	Indemnización Orden judicial (<i>injunction</i>)	Pena Orden judicial Revocación o suspensión de licencia	Orden de cesación de actividad (<i>cessationorder</i>) Acusación (<i>charge</i>)
Estándar probatorio	Alto	Medio	Medio	Bajo
Garantías procesales	Altas	Medias	Medias	Bajas

Básicamente, lo que nos está diciendo Ogus es que resulta innecesario utilizar el Derecho Penal (y sus sanciones, con sus propias lógicas) para hacer frente a los incumplimientos en el ámbito admi-

archivo provisional. Nótese, con todo, que es mucho más “barato” en términos de recursos públicos el primer juego de probabilidades (1% de 100) que el segundo (10% de 10). Pero aquí está también el problema.

⁵⁵ Ogus (2004).

nistrativo. Es precisamente esta desproporcionalidad la que correctamente denuncia y sanciona el TC en su fallo.

Finalmente, útil es mirar los trabajos extranjeros de Philip Hampton⁵⁶ y de Richard B. Macrory⁵⁷, a quienes se les ha encargado revisar la generalidad de un sistema sancionatorio nacional (el del Reino Unido específicamente), lo que ha permitido observar recomendaciones que observen la operatividad y la eficacia del régimen en su conjunto. Este tipo de estudios permite identificar las áreas en que es posible ahorrar recursos simplificando procedimientos, evitando la duplicidad de controles y formularios, mejorando la coordinación entre las diversas instituciones relacionadas y analizando la manera más eficaz de implementar regulaciones nuevas⁵⁸.

De dicha experiencia es posible extraer los principios fundamentales de *enforcement* administrativo seguido por el Reino Unido. Entre estos se contempla el que el regulador deba: publicar su política sancionatoria; medir los resultados; justificar sus decisiones sancionatorias; hacer seguimiento a sus acciones sancionatorias; ser transparente en su política sancionatoria, especialmente en la aplicación y determinación de las sanciones administrativas; y evitar los incentivos perversos que puedan influir en la elección de la sanción específica aplicada⁵⁹.

Asimismo, se establece que una sanción (administrativa) debe: buscar modificar el comportamiento del infractor; buscar eliminar cualquier ganancia financiera o beneficio del incumplimiento; ser responsivo y considerar cuál es la sanción apropiada para el infractor específico según la circunstancia; actuar con proporcionalidad en relación a la naturaleza de la infracción y el daño causado; buscar reparar el daño causado por el incumplimiento de regulado; y buscar disuadir futuros incumplimientos⁶⁰.

⁵⁶ HAMPTON (2005).

⁵⁷ MACRORY (2006).

⁵⁸ Véase por ejemplo un resumen de las recomendaciones de política pública que realiza HAMPTON (2005), pp. 8-10.

⁵⁹ MACRORY (2006).

⁶⁰ MACRORY (2006).

CONCLUSIONES

La sentencia que se analizó es un aporte al diseño de políticas públicas en materia sancionatoria y, también, para los adecuados estándares de justicia y legitimidad social. La norma declarada inaplicable dispone la posibilidad de que se dicte una sanción desproporcionada y mal focalizada, que contiene un incentivo económico perverso para el sancionador, y que carece de las garantías propias de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales de los regulados.

Sin embargo, probablemente el fallo no conducirá en el corto plazo a la eliminación definitiva del precepto legal impugnado, pese que a puede abrir la puerta a una interesante línea jurisprudencial que simpatice con la doctrina de la separación de funciones.

Por otra parte, la sentencia no soluciona (posiblemente no podría haberlo hecho) los problemas más profundos de nuestro sistema de sanciones en general. Uno de estos problemas consiste en la ausencia de reglas claras que definan la manera en que se aplican los principios del Derecho Penal en el DAS. Cuando el TC ha optado por identificar las garantías del orden penal con el DAS, argumentando que ambos provienen del *ius puniendi* estatal, al mismo tiempo ha relativizado la mecánica en que dichas garantías se comunican, admitiendo la existencia de matices. Lo anterior, que parece sensato, carece todavía de un desarrollo lo suficientemente claro como para entregar la certeza jurídica necesaria para la adecuada eficacia de las diversas regulaciones pertinentes. La jurisprudencia del TC ha llevado la identificación del DAS con el *ius puniendi* a un análisis casuístico, por lo que todavía no hay una doctrina lo suficientemente acabada en la materia.

Toda sanción administrativa persigue la defensa de una política pública específica, lo que obliga a analizar la materia desde una perspectiva más amplia, revisando el nivel de eficacia de las herramientas que de que dicha política se sirve. Las sanciones administrativas han sido diseñadas en conjunto con un sistema administrativo mucho más amplio, en circunstancias que es justamente una mirada general del mismo lo que hace falta entre nosotros para poder evaluar de manera más acertada la eficacia de las opciones adoptadas por el legislador y de la implementación de las regulaciones por parte de las agencias regulatorias.

En ese sentido, es útil observar el esquema propuesto por Ogus y los trabajos de evaluación de las sanciones (entendidas como un conjunto) que se han elaborado en Gran Bretaña. La literatura del análisis económico del Derecho juega un rol importante en el estudio futuro de esta materia, ya que entrega directrices acerca del comportamiento que los actores relevantes despliegan frente a diferentes modelos regulatorios. Sin embargo, muchas de las teorías del análisis económico del Derecho no se encuentran demostradas empíricamente en Chile, lo que abre un fecundo campo para investigaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y comentarios de jurisprudencia

- AGUERREA M., Pedro (2005) “El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución”, *Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Universidad Santo Tomás), pp. 51-62.
- ALCALDE R., Enrique (2003) *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 278 p.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2011) “El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio ilegítimo y el debido proceso. Notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 23, pp. 531-540.
- ARÓSTICA M., Iván (1988) “Algunos problemas del derecho administrativo penal”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXV, N° 1, pp. 41-51.
- ARÓSTICA M., Iván (2005) “Sanciones administrativas y prescripción”, *Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Universidad Santo Tomás), pp. 119-126.
- BECKER, Gary (1968) “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy* (The University of Chicago Press), vol. 76, N° 2, pp. 169-217.

- BOETTIGER P., Camila (2009) “El Derecho Administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año X, N° 20, pp. 577-594.
- CAZOR, Kamel y PICA, Rodrigo (2009) “Tribunal constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Revista General de Derecho Constitucional*, N° VII.
- CAMACHO C., Gladys (2007) “La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 N° 2, pp. 9-23.
- COLOMBO, Juan (2009) “El requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal constitucional”, Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Pfeffer, Emilio, coord.), *Temas Actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 53-74.
- DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel (2010) “Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un Diagnóstico”, *Revista de Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca), Año 8, N° 1, pp. 249-282.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel y VERDUGO, Sergio (2010) “El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la ley de Chilecompra”, en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año XI, N° 21, pp. 225-253.
- EHRlich, Isaac (1996), “Crime, Punishment and the Market for Offenses”, *The Journal of Economic Perspectives* (American Economic Association), vol. 10, N° 1, pp. 43-67.
- GARCÍA G., José Francisco (2009) “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año X N° 19, tomo I, pp. 327-372.
- GARCÍA G., José Francisco (2011) “El tribunal constitucional y el uso de “tests”: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, pp. 101-138.
- GARCÍA G., José Francisco y VERDUGO R., Sergio (2010) “De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes

en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año XI, N° 22, pp. 263-305.

LEVITT, Steven (1996) “The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation”, *The Quarterly Journal of Economics* (Oxford University Press), vol. 111, N° 2, pp. 319-351.

LEVITT, Steven (2004) “Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not”, *The Journal of Economic Perspective* (American Economic Association), vol. 18, N° 1, pp. 163-190.

MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA U., Francisco (2011) “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca), Año 9, N° 1, pp. 199-226.

NÚÑEZ, Manuel (2008) “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, *Sentencias Destacadas 2007* (Libertad y Desarrollo), pp. 123-161.

OGUS, Anthony (2004) “Enforcing Regulation: Do we need criminal law?”, *New Perspectives on Economic Crime* (Hans Sjogren y GöranSkogh eds.) (Massachusetts, Edward Elgar Publishing), pp. 42-56.

POSNER, Richard (2000) *El Análisis Económico del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica).

ROMÁN C., Cristián (2008) “Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema”, *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (Pantoja, Rolando, coord.) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp.107-141.

SAENGER, Fernando (2009) “Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad”, *Temas Actuales de Derecho Constitucional* (Pfeffer, Emilio, coord.) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 277-303.

SHAVELL, Steven y A. POLINSKY, Mitchell (eds.) (2007): *Handbook of Law and Economics*, (vol. 1) (New York, North-Holland) 826 pp.

- SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press) 738 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009) *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing) 788 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2011) “Requerimiento de inaplicabilidad artículo 169 del Código Sanitario”, *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás), N° 26, pp. 224-233.
- VERDUGO, Sergio (2009) “La inconstitucionalidad por omisión del legislador”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año X, N° 19, Tomo I, pp. 373-396.
- VERDUGO, Sergio (2010) “Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral) Vol. XXIII, N° 2: pp. 83-112.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- TC, rol 184, 7 de marzo de 1994
- TC, rol 244, 26 de agosto de 1996
- TC, rol 376, de 17 de junio de 2003
- TC, rol 437, 21 de abril de 2005
- TC, rol 480, 27 de junio de 2006
- TC, rol 479, 8 de agosto de 2006
- TC, rol 681, 23 de marzo de 2007
- TC rol 943, 10 de junio de 2008
- TC, rol 1006, 22 de enero de 2009
- TC, rol 1185, 16 de abril de 2009
- TC, rol 1345, 25 de mayo de 2009
- TC, rol 1463, 23 de septiembre de 2010
- TC, rol 1518, 21 de octubre de 2010
- TC, rol 1419, 9 de noviembre de 2010
- TC, rol 1528, 19 de noviembre de 2009

TC, rol 1741, 14 de marzo de 2011

TC, rol 1679, 15 de marzo de 2011

TC, rol 1798, 29 de marzo de 2011

TC, rol 1723, 24 de mayo de 2011

TC, rol 1976, 25 de mayo de 2011

TC, rol 1894, 12 de julio de 2011

TC, rol 1865, 14 de julio de 2011

TC, rol 2055, 1 de septiembre de 2011

Jurisprudencia de tribunales ordinarios

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol 3073-2009, 12 de noviembre de 2010

Corte Suprema, rol 4627-2008

Corte Suprema, rol 5455-2009

Corte Suprema, rol 3283-2009

Corte Suprema, rol 7629-2009

Corte Suprema, rol 4463-2009

Jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República

Dictamen N° 14.571 (2005)

Dictamen N° 68.086 (2010)

Otros

BALANCE DE GESTIÓN INTEGRAL 2010 DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Ministerio de Salud, Gobierno de Chile: disponible en http://www.ispch.cl/sites/default/files/BGI_2010.pdf [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011]

- ENTEICHE, Nicolás (2010) “Visión crítica de los modelos de sanción, el caso de la regulación en materia sanitaria en cuanto a las sentencias por fallas de calidad”, trabajo inédito.
- HAMPTON, Philip (2005) “Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement” (*The Hampton Review – Final Report*), HM Treasury.
- MACRORY, Richard B. (2006) “Regulatory Justice: Making Sanctions Effective” (*Macrory Review - Better Regulation Executive*).
- VALDIVIA, José Miguel (2010) “Despostando el sumario sanitario”, *De Cive*: disponible en <http://decive.blogspot.com/2010/11/despostando-el-sumario-sanitario.html> [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011].
- VERDUGO, Mario (2010) “Comentario a sentencia que declaró inaplicable norma del Código Sanitario que faculta para solicitar a Intendente decrete prisión si no se pagan multas cursadas por autoridad sanitaria”, *Diario Constitucional*: disponible en <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=19> [[fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011].