

Sobre la diferencia entre derecho administrativo sancionador y derecho penal: una contribución

Fernando Ballon Estacio¹

I. El ideal republicano de la democracia deliberativa²

Quiero referirme, en primer lugar, a la idea republicana del autogobierno. Defendemos la idea de que es la ciudadanía democráticamente organizada quien cuenta con la mayor legitimidad para diseñar el modo en que se desarrollará su propia convivencia, partiendo de la premisa de que todos sus miembros son de igual valor entre sí y que sus intereses y opiniones sobre este modo de convivir, por tanto, también lo son.

Esta diferencia de intereses, opiniones y cosmovisiones tiende, quizás de manera natural, al conflicto. Es en esencia polémica y puede llevar (como en efecto ha ocurrido en casos extremos) a la imposición de un bando por sobre otro o de una persona por sobre otra a través de la fuerza bruta y la violencia descarnada. En consecuencia, una teoría que defienda el autogobierno colectivo tiene que hacerse cargo de estos dos elementos: la existencia del conflicto y la igualdad de valor entre todos los miembros del colectivo³.

La manera ideal de evitar el conflicto sin conculcar la igualdad es a través del diálogo más inclusivo, transparente y duradero posible. Fruto del diálogo, la ciudadanía cambiará de pareceres, hará concesiones (el valor epistémico de la democracia) y adoptará acuerdos que se expresarán políticamente a través de una ley que, por supuesto, es siempre revisable por la misma ciudadanía. Así, “las decisiones públicas legítimas serán aquellas que se acuerden tras un proceso discursivo en el que se permita exponer las posiciones de los ciudadanos afectados” (Cuesta López, 2022: 27).

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM, Perú. Miembro del Instituto de Competencia y Regulación de la UNMSM.

² Para esta sección puede verse el recuento de los fundamentos teóricos que realiza Cuesta López (2022: 25 y ss.).

³ Se pueden señalar seis elementos definitorios del ideal de la democracia deliberativa o la “conversación entre iguales: igualdad, desacuerdo, inclusión, deliberación, la deliberación versa sobre temas de interés público y consiste en un diálogo abierto, continuo e inacabado (Gargarella, 2021: 35 y ss.)

Cabe detenerse aquí en el valor de la ley o de la legislación en un Estado moderno. Esta institución supone, bajo el marco antes descrito, un examen de los distintos intereses de las partes afectadas y una solución que (en términos abstractos) equilibra estos intereses según los distintos pesos que la comunidad le asigna. Será, pues, la ciudadanía quien decida en qué supuestos qué interés deberá priorizarse y con qué límites.

A menos que se parta de una concepción elitista de la democracia, por la que la ciudadanía será reputada irracional y violenta y/o que solo unos pocos con cualidades especiales estarán en legítima posición de tomar las decisiones antes descritas, la legislación ocupa una prioridad conceptual para la articulación del resto de instituciones democráticas. La función de la legislación, puede decirse, es identificar la voluntad popular (autogobierno) en un determinado momento y en un determinado contexto, función que desempeña una estructura que, por sus características, la hace probable (Atria, 2016)⁴.

II. La Administración Pública

Ahora propongo ocuparme de las maneras en que la ciudadanía democráticamente organizada puede hacerse cargo de su convivencia. El primer paso, como indicábamos, es la legislación. Esta podrá ser profusa y requerirá, por supuesto, de que alguien la implemente. Si, por ejemplo, se quiere controlar el nivel de emisiones de dióxido de carbono, se investirá a determinadas personas para llevar a cabo dicha labor con las herramientas que la ley prevea. Lo mismo con la protección de los consumidores, la seguridad ciudadana, la estabilidad financiera, etc.

Esta potestad que ejercen un conjunto de organismos y personas investidos por la ley para llevar a cabo finalidades públicas establecidas por la ley mediante las herramientas que le provee la ley se conoce como la potestad de administración⁵. Y se estructura a partir del principio comisarial (o de mando vertical) a efectos de reconducir políticamente las

⁴ Añade ese autor: “¿por qué la función necesita una estructura que la medie? La respuesta genérica es: porque el desempeño adecuado de la función es naturalmente improbable (...). Ese es el modo en que las estructuras (que serán también llamadas «instituciones») desempeñan un rol de mediación: median haciendo probable lo improbable” (Atria: 154).

⁵ Así, la ley dirige a la Administración: “establece límites y atribuye tareas a la actuación administrativa, determina fines para la planificación y estructura procesos decisorios, delimita ámbitos funcionales y diseño los elementos básicos de la organización administrativa”. “Primacía y reserva de ley”, en suma, “son las correas de transmisión a través de las cuales se realizan los encargos directivos de la ley parlamentaria a la actuación administrativa” (Rodríguez de Santiago, 2016: 20).

decisiones de la instancia inferior hacia arriba, hasta el inicio de la voluntad popular (Atria, 2016: 195). Por definición, la administración pública no puede ser imparcial⁶.

Dado que la ley (y, en consecuencia, la administración pública) busca que los objetivos políticos trazados se cumplan, se suele dotar a la administración de diversas herramientas para lograr ello con eficacia y eficiencia⁷. Algunas herramientas pueden ser más intrusivas que otras (por todas, las sanciones), por lo que es legítimo que los intereses de quienes puedan verse afectados por el ejercicio de las potestades administrativas también sean considerados por la ciudadanía en la instancia legislativa. Ello permitiría que el acuerdo político sopesa estos intereses y les dé un espacio en la solución a la que se arribe.

Como afirmamos, los conceptos que guían el debate ciudadano son polémicos y los “pesos” que se les atribuyan o los contornos que se fijen entre uno y otro también. Cuánta libertad estamos dispuestos a limitar para optimizar, por ejemplo, la privacidad de las personas o cuánta contaminación estamos dispuestos a tolerar para no impedir el libre ejercicio de actividades económicas. No solo ello: de qué maneras o en qué condiciones se considerará justificado limitar la libertad (o lo que se entienda por libertad) de los agentes económicos para salvaguardar el bienestar de los consumidores (o de qué maneras o en qué condiciones se considerará justificado limitar el bienestar de los consumidores para salvaguardar la libertad de los agentes económicos).

Entonces, si la ley es producto de un proceso deliberativo, no solo incluirá herramientas para lograr con la mayor eficacia los objetivos públicos, si no también limitaciones a la actuación de la administración para la persecución de sus fines o exigirá el cumplimiento de determinadas condiciones para el ejercicio de sus potestades. Estas limitaciones y condiciones serán más o menos rigurosas y exigentes según los intereses en juego y la

⁶ En ese sentido, Laguna (2020: 1412): “Las sanciones penales se imponen por los jueces, que no tienen responsabilidad alguna en la consecución de los objetivos de política sectorial que subyacen a la respuesta sancionadora. Su función se realiza, pues, con plenas garantías de imparcialidad e independencia. En cambio, las sanciones administrativas son impuestas por las autoridades involucradas en la consecución de objetivos de política sectorial, que recurren a este instrumento como último recurso para la consecución de sus fines”.

⁷ “Y por esta vía regresa al Derecho administrativo al problema del poder administrativo: contemplándolo ya no como su fin u objeto en sí mismo, sino como un medio cuya adecuada configuración jurídica sirve para optimizar la consecución de los fines de la Administración, es decir, como un problema de eficiencia administrativa” (Vaquer, 2018: 1246).

valoración que de estos haya hecho la ciudadanía democráticamente organizada en cada caso especial.

III. ¿Qué ocurre con el derecho penal?

Habíamos dicho que la administración no es imparcial y tiene un sesgo que puede llevarla a cometer errores o excesos en el cumplimiento de sus funciones. En la línea de la argumentación sostenida, sin embargo, debe notarse que el parámetro para juzgar la rectitud de las actuaciones de la administración es la ley como expresión política de la ciudadanía.

Ahora bien, en vista de la magnitud de los intereses en juego, es posible que la ciudadanía considere necesaria la existencia de herramientas de gran severidad (por ejemplo, la privación de libertad de un individuo) para lograr satisfacer, directa o indirectamente, objetivos públicos (por ejemplo, la seguridad de los miembros de la comunidad).

No obstante, aquí el impacto del riesgo de que la parcializada administración yerre o se exceda en el ejercicio de sus funciones es muy alto. Por ello, la ciudadanía puede convenir (ya sea en una ley formal, la constitución o, inclusive, en tratados internacionales de derechos humanos) distribuir las herramientas que sirven a los objetivos públicos trazados entre distintas estructuras que cumplen funciones distintas y pueden estar mejor equipadas para actuar con independencia, mitigando el riesgo ya indicado^{8 9}.

En todo caso, es en materia penal donde estos riesgos se suelen apreciar con mayor claridad, porque puede tener el efecto de excluir de la comunidad a una persona o conjunto de ellas, sus intereses y sus opiniones, que, en principio, deberían ser considerados como iguales, al privárselas de su libertad¹⁰. Ello lleva a que, típicamente,

⁸ Sobre cómo la función que desempeña la jurisdicción hace inteligible que el “poder judicial” se estructure bajo el principio de imparcialidad, Atria (2016).

⁹ De hecho, es posible incluso dentro de la propia administración pública mitigar el riesgo de un sesgo en sus actuaciones (sea por la importancia de los intereses que puedan afectarse o por la necesidad de garantizar la tecnicidad), a través de la creación de organismos más independientes de las decisiones políticas, ya sea por la forma en que se designan sus titulares, la revisión de sus actuaciones, la que financian sus actividades, entre otras; o incluso dentro de los mismos organismos. Sobre la dirección de la administración pública a través de la organización, Rodríguez de Santiago (2016: 27). En similar sentido, Vaquer (2018: 1247).

¹⁰ No es fácil reconciliar el derecho penal con el ideal democrático planteado, como veremos más adelante (Gargarella, 2022).

estas herramientas se atribuyan a instituciones que, por la función que desempeñan, están estructuradas para actuar imparcialmente, con menor probabilidad de miramientos y/o preferencias políticas, con limitaciones o condiciones más exigentes o rigurosas que para otro tipo de situaciones (al menos en teoría).

¿Pero cómo puede conciliarse esto con el principio democrático que venimos sosteniendo? A primera vista, resulta lógico que las sanciones de mayor entidad como la privación de libertad deben requerir el máximo nivel de garantías, limitaciones o condiciones. Es decir, a mayor gravedad, mayor garantía. En esa línea, no parecería razonable que la administración conserve ciertas herramientas sancionatorias como cuantiosas multas cuando estas en otras situaciones e, incluso, siendo de menor cuantía, están reservadas a la jurisdicción y sus mayores garantías. Lo mismo con las sanciones de inhabilitación, normalmente disponibles para una y otra y sus inherentes diferencias. Todo ello ocurre en la práctica¹¹.

La abrumadora realidad no hace más que confirmar la imposibilidad de establecer un mismo nivel de garantías a partir del hecho de que estemos frente a una sanción, como herramienta atribuida mediante ley por la ciudadanía democráticamente organizada para la persecución de objetivos públicos. Y ello es así justamente porque, fruto del proceso deliberativo, se mostrarán distintas valoraciones sobre la prioridad y/o importancia de los diferentes bienes en juego, de los objetivos perseguidos y de los intereses afectados. Eso no significa que la decisión en un momento dado sea “correcta” (o “incorrecta”), sino que es legítima.

A partir de lo dicho, podemos concluir que no existe justificación equiparar las garantías, limitaciones o condiciones para la aplicación de sanciones, so pena de negar la igualdad en un contexto democrático a partir de uniformizar las múltiples valoraciones de los miembros de la comunidad. Lo cual no quiere decir, claro está, que no existan o no deban existir garantías ni que la ciudadanía no pueda autolimitar sus decisiones o las de sus representantes. Conviene hacerse cargo de ese tipo de argumentaciones.

¹¹ Para el caso español, pero sin duda replicable a otros países, Alarcón (2014: 142 y 143).

IV. Igualar hacia abajo, igualar hacia arriba

Un sector de la doctrina pretende justificar la diferencia entre garantías penales y administrativas a partir de una distinción entre las funciones de las sanciones correspondientes a ambos regímenes. Así, las sanciones administrativas buscarían la ordenación de un sector, la corrección de conductas o la disuasión de estas, mientras que las sanciones penales son “un instrumento de real punición retributiva” (Parejo, 2014: 10), o sea, tienen un carácter meramente retributivo, es decir, como veremos, el castigo por sí mismo.

Siguen este mismo planteamiento Letelier (2017)¹², quien, desligando a las sanciones administrativas de un único *ius puniendi* del Estado (o mostrando su irrelevancia explicativa), se afirma que para diferenciar a las sanciones administrativas es necesario “extraer este tópico desde una posición meramente represiva, propio de la perspectiva penal”, pues su objetivo “en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado” (Letelier: 637) o actuar “como reproche o retribución justa” (Letelier: 666)¹³.

Si las sanciones administrativas tienen una finalidad que va más allá del castigo, entonces, pueden caracterizarse como herramientas de gestión que dotan de eficacia a la actuación de la administración pública para el cumplimiento de los objetivos públicos trazados por la legislación. Por lo tanto, para estos autores, no pueden estar sujetas al mismo nivel de garantías que son propias del derecho penal, ya que limitan o condicionan con mayor exigencia la aplicación de sanciones, reducen el total de sanciones impuestas y disminuyen el efecto disuasorio (o correctivo) buscado.

Este planteamiento entraña una dificultad insalvable, en nuestra opinión. No es sostenible que las sanciones penales sean medidas de represión que se ejercen para reprimir solamente. Es decir, castigos que se usan para castigar. Ciegamente, como mera expresión de fuerza bruta en retribución a quien lo merezca. Al menos desde una concepción republicana, esos planteamientos no son de recibo, como argumentan Braithwaite y Pettit sobre la inferioridad de las teorías retribucionistas, no solo porque puedan ser moralmente

¹² En la misma línea, Montero (2021), Soto (2021) y Rojas (2019).

¹³ Sin tapujos, la pena como “forma de venganza”, en los términos de Laudan (2013: 126).

reprobables, sino por su imposibilidad lógica, al terminar siempre siendo arbitrarias o encubiertamente consecuencialistas:

“Nosotros consideramos que los retribucionistas se ven enfrentados a una difícil elección. Pueden rehusarse a brindar justificación de las restricciones que invocan (...). En ese caso, no se los puede acusar de consecuencialismo encubierto, aunque su adhesión a las restricciones en cuestión resulta arbitraria: (...) los merecidos naturales fundamentales parecen total y absolutamente inaceptables. Como alternativa, los retribucionistas pueden ofrecer una justificación de sus restricciones predilectas (...). En ese caso, pueden lograr que las restricciones resulten más atractivas, pero su retribucionismo empieza a parecer cuestionable: se parecen a consecuencialistas que procuran promover el factor mencionado en la justificación y que defienden las restricciones como un medio para tal promoción”. (Braithwaite y Pettit, 2015: 188)

Así, si la razón es la mera retribución o el castigo por sí mismo sin ninguna justificación adicional, se trataría de un acto de violencia arbitrario no justificado. No obstante, como la legislación se trata de un producto de la deliberación, tal como expusimos al inicio, se parte de la ponderación de intereses y la búsqueda de objetivos públicos. Por tanto, en el fondo, las sanciones siempre responderán a una lógica consecuencialista, es decir, estarán al servicio del cumplimiento de un objetivo¹⁴. Son, por supuesto, medidas que reprimen, que causan aflicción, pero no por el solo hecho de merecerlo, si no por algún objetivo, cualquiera que este sea (siendo, por supuesto, algunos más moralmente repudiables que otros)¹⁵.

Si aceptamos esto último, tenemos que rechazar que únicamente las sanciones administrativas son herramientas de gestión para la persecución de objetivos públicos, ya

¹⁴ En este punto no es relevante discutir cuál es el objetivo concreto que debe buscar una política penal. Basta con anotar que, desde una perspectiva, republicana y consecuencialista, este objetivo es la promoción del dominio, al ser incuestionable, estabilizador y alcanzable, como sostienen Braithwaite y Pettit (2015).

¹⁵ Abunda sobre la imposibilidad del retribucionismo para “suministrar fundamentos conceptuales al derecho penal”, Laudan (2013: 119 y ss.): “Y si, como creo él no puede responder esta pregunta, entonces su obstinada insistencia en que un delincuente condenado debe recibir su exacto merecido (y no más, ni menos) revela ser en sí misma un eslogan vacío y una farsa”.

que las sanciones penales no son meramente retribucionistas¹⁶. Por tanto, ambas deben responder a un criterio de eficacia. No obstante, ello no es un impedimento para el establecimiento de garantías, sean más o menos altas. Las sanciones administrativas y penales son, en esencia, lo mismo y no se puede fundar a partir de su supuesta diferencia un nivel menor de garantías (para las administrativas, igualándolas hacia abajo).

A partir de esto se puede sostener que ambas son expresiones del *ius puniendi* (o *potestas puniendi*) del Estado, en línea con la doctrina mayoritaria. Pero no más. El derecho confiere facultades a determinados individuos y el conjunto de estos individuos de manera organizada conforman el Estado. El *ius puniendi estatal* es, por tanto, la facultad de determinados individuos (que organizadamente conforman el Estado) atribuida por el sistema jurídico para imponer castigos. De forma más directa: “no es más que la posibilidad que el derecho reconoce a alguien de establecer castigos e imponerlos a los ciudadanos” (García Amado, 2008: 17).

Para García de Enterría y Fernández (2006:1063 y ss.), la necesidad aplicar los principios del derecho penal como principios generales de un único derecho sancionador se debió al surgimiento histórico fragmentario y no sistematizado de la “policía administrativa” y sus repudiables abusos, lo que fue “corregido” por la tesis de la transferencia¹⁷. Esta tesis, para Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2013:114 y 115), es la consecuencia necesaria, “al menos si se quiere adoptar un punto de vista racional y coherente”, de la coincidencia sustancial entre delitos e infracción administrativa, como manifestaciones de potestad punitiva del Estado.

Esta posición anula lo que democráticamente pueda decidir una comunidad. Es innegable (y veremos ejemplos más adelante) que estas decisiones encierran un *trade off* entre la eficacia de los objetivos públicos que se persiguen y los “derechos” (más propiamente, intereses) que se puedan ver afectados. Como ha hecho notar Gargarella (2021: 163 y 164), una posición como esta encierra una concepción de los derechos “como si fueran planetas, que están allí afuera, lejos de nuestro alcance, regulando nuestras vidas, y

¹⁶ Piensa igual Laguna (2020: 1414): “En ambos casos, la sanción persigue no solo la reacción frente al responsable de conductas ilícitas, sino también disuadir del incumplimiento de la normativa”.

¹⁷ Tomamos esta expresión de Soto (2021: 53 y ss.), quien, por cierto, muestra cómo, para el caso chileno, esta tesis carece de sustento normativo y también específicamente para el principio de culpabilidad, cuya vigencia, incluso, estaría en disputa en la doctrina penal.

esperando que los descubramos. Derechos que son ajenos a cualquier proceso de creación humana; reconocibles si contamos con el instrumental adecuado; que de ningún modo son producto de nuestra vida democrática”.

En realidad, consagrar un derecho en la parte dogmática de la constitución no es una forma de alejarlo (o, al menos, no una forma efectiva) del conflicto político. Es todo lo contrario: allí recién empieza el conflicto: “no hay manera «jurídica», imparcial, de decidir estos conflictos, una que no sea una reproducción del conflicto político. Las normas constitucionales que aseguran o reconocen derechos no son normas respecto de las cuales alguien pueda, en casos políticamente relevante, actuar como juez” (Atria: 277). Son conceptos y, como tales, requieren de las concepciones políticas que les dan contenido¹⁸. Y ello explica por qué las específicas regulaciones sobre infracciones y sanciones son tan diversas.

¿Se puede derivar una fuerza normativa del concepto de “infracciones/delito” o de “sanción” para extenderlo al resto de infracciones/delitos y sanciones? No se puede aceptar que las garantías para todos los sancionados sean iguales por el solo hecho de que ontológicamente infracciones y delitos y sanciones administrativas y penales sean iguales, sin considerar el objetivo al servicio del cual están, el mayor o menor impacto en los intereses de los afectados y las valoraciones que sobre estos pueda tener una comunidad determinada. O al menos no sin un acuerdo político de por medio que así lo estableciese (y dejara en claro, entonces, que la ciudadanía ha considerado, por las razones que fueren, que esa es la solución adecuada).

Que el poder ha utilizado la represión de manera arbitraria y repudiable es una constatación histórica innegable. Pero los planteamientos que formulamos aquí se insertan en el marco de un Estado de derecho moderno y, más concretamente, desde una visión republicana, en donde las decisiones se toman por acuerdos políticos, luego de un debate público y la inclusión de los potencialmente afectados. Es partir de la ponderación de intereses y no de la imposición de grupos de poder que se decide por qué, cuándo y cómo aplicar una sanción.

¹⁸ Piénsese en el caso del concepto “libertad”, que puede ser entendida como libertad negativa, positiva o como “no dominación”, según la correspondiente concepción política. Sobre estas diferencias, ver Rosler (2018: 31 y ss.).

Siguiendo a Casino (2021: 47 y 48), el efecto práctico de esta tesis es inclinar la cancha en favor de un lado, lo que ha sido el precio a pagar “por la influencia dominante del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador y la intensa intervención del Tribunal Constitucional en esta materia, y que conjuntamente, han hecho de las garantías individuales una verdadera obsesión, a costa de abandonar la defensa de los intereses generales”. Ello, pues, en el fondo, esta discusión encierra concepciones enfrentadas: “o se comprende como garantía personal del infractor o, en cambio, como garantía de los intereses generales y colectivos lesionados por el infractor”. Una situación como esta no es aceptable en un entorno verdaderamente democrático, porque implica no tratar como iguales a quienes defienden una determinada posición (que, por cierto, no entra en conflicto con los presupuestos de la “conversación entre iguales”).

De ese modo, mi crítica no es que las sanciones administrativas no son una manifestación del *ius puniendi*. Al contrario, creo que sí lo son. El punto es que de ese solo hecho no cabe derivar un mismo nivel de garantías para todas las sanciones (administrativas y judiciales)¹⁹, ya que implicaría desconocer los distintos pesos que atribuya la ciudadanía, mediante ley, a los diversos intereses en juego, estableciendo menores limitaciones allí donde quiera lograr mayor eficacia en la persecución de los intereses generales (lo que normalmente ocurre en las sanciones administrativas, aunque de manera contingente) y mayores limitaciones cuando quiera resguardar los intereses de quienes se vean afectados por tales medidas (lo que normalmente ocurre en el caso de las penas).

El (legítimo) temor detrás de la posición contraria es un posible “desborde” de las mayorías o de los intereses políticos, de modo que, si no se igualan las garantías propias del derecho penal, se correría “el riesgo de acabar configurando el derecho administrativo sancionador como un reducto autoritario” (Gómez Tomillo, 2020: 20). Con ello, “se trata de frenar el avance de corrientes populistas que recurran a la fácil, relativamente barata —al final, mantener un aparato punitivo tiene un coste— y simplona idea de punir más,

¹⁹ Sin perjuicio de la ineficiencia explicativa de la remisión al único *ius puniendi*, como anota Letelier (2017: 632 y ss.), lo cual comparto.

y en forma indiscriminada, como mecanismo para garantizar el orden y el buen funcionamiento social y económico” (Gómez Tomillo: 33)²⁰.

Esta pareciera ser una afirmación recurrente en la literatura. Sostiene Gargarella que “los teóricos liberales simplemente sostienen y dan por sentado que un involucramiento popular en estas cuestiones implica una ley penal más dura” (Gargarella, 2022: 189 y 190). No obstante, esa afirmación “no encuentra apoyatura empírica”, de hecho, “los pocos estudios empíricos con los que contamos en la materia tienden a decir que, en ámbitos medianamente apropiados de deliberación, dicha correlación no se verifica o se revierte” (Gargarella, 2022: 132).

El problema es que esos temores se fundan en una concepción equivocada de la democracia: “una versión epistémica de la democracia”, como la que aquí defendemos, “dice que sólo las discusiones que incluyen a todos los afectados pueden mejorar el carácter imparcial de nuestro proceso de toma de decisiones”. Por tanto, es todo lo contrario a lo que el temor presupone: “a menor nivel de inclusión y discusión, mayor riesgo de tomar decisiones sesgadas” (Gargarella, 2022: 193)^{21 22}.

V. Los matices: el caso del estándar de prueba

Los desacuerdos no solo están presentes en la ciudadanía, sino también entre los académicos de mayor renombre. Quienes adhieren a la tesis de la transferencia sostienen que las garantías del derecho penal, al ser aplicadas al derecho administrativo, pueden ser

²⁰ En términos históricos, al menos esa habría sido la estrategia de la tesis de la transferencia. Para Laguna “en el Derecho español, la razón de la asimilación, probablemente, no pueda desligarse de un contexto histórico en el que se sentía la necesidad de incrementar las garantías en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. La unidad del poder punitivo estatal servía justamente para trasladar los principios penales al ámbito administrativo. En la actualidad, las garantías de la actuación administrativa sancionadora son una exigencia constitucional, por lo que no necesariamente hay que buscar su fundamento en lo que, críticamente, se ha calificado como un “inexistente *ius puniendi* del Estado”, construcción que ha sido muy útil, pero que difumina las diferencias entre ambas ramas del ordenamiento” (Laguna, 2020: 1409).

²¹ No es este el espacio para ahondar en cuestiones empíricas, pero baste, por el momento, con referirnos al caso de la propuesta de Constitución Política de la República de Chile del año 2022, que reconoce derechos de avanzada a las personas privadas de libertad. Véase: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>.

²² En sentido similar y criticando el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, Waldron sostiene que o bien “decimos que la tiranía es tiranía sin importar cómo (y entre quiénes) se ha tomado la decisión tiránica, o admitimos -y esta es mi opinión- que el aspecto mayoritario en realidad mitiga la tiranía, porque indica que hubo al menos un elemento no tiránico en la decisión: no fue tomada de modo que excluyera de manera tiránica a otras personas de participar como iguales”. (Waldron, 2018: 112).

adecuadas funcionalmente (matizadas), pero nunca suprimidas. Por ejemplo, sobre la presunción de inocencia, se entiende que no es matizable “al menos, en dos aspectos nucleares: el estándar de prueba y la carga de la prueba²³ de los elementos integrantes del tipo” (Gómez Tomillo, 2020: 25).

De modo que, si bien pueden existir estándares de prueba menores al penal, estos serían aplicables a otras ramas del derecho y no al administrativo sancionador, pues “se nos escapa por qué razón los bienes jurídicos se tutelarían mejor aumentando las posibilidades de condena, pese a la existencia de dudas razonables sobre la autoría o la comisión del hecho”. Sería una decisión “singularmente peligrosa”, teniendo en cuenta el “incisivo poder de las sanciones administrativas en la esfera de los ciudadanos” y la “inferior cualificación jurídica de los funcionarios públicos que las imponen, incluso su parcialidad” (Gómez Tomillo, 2020: 26)²⁴.

Hay algunos problemas con esta afirmación y que han sido abordados por los proponentes de la teoría racional de la prueba. En primer lugar, pareciera remitirnos a un estándar de prueba meramente subjetivo, pues se cuestionaría la imposición de una sanción cuando existan residuales “dudas razonables” del ilícito o su autoría. La pregunta clave aquí es: ¿dudas razonables para quién o dudas razonables según qué?

Al respecto, afirma Laudan que el estándar del *más allá de toda duda razonable*, “ha sido cambiado más allá de lo reconocible desde su creación hace ya dos siglos”, quedando “reducido simplemente a un ‘carecer de toda duda’, esto es, a tener una alta confianza subjetiva” (2005: 99). Este nivel de indeterminación y su carácter subjetivo -pues se remite a lo que el decisor considere que es una duda razonable según su convicción-, no puede ser en modo alguno un estándar de prueba, “porque pueden estar convencidos de la verdad de un enunciado falso” (2005: 32). Ferrer (2021: 32) lo explica con claridad:

²³ Sobre la posibilidad de “matizar” esta garantía: Higa et al (2019).

²⁴ Por las razones que veremos a continuación, discrepa enfáticamente Ferrer (2021: 156): “Por ejemplo, no tiene sentido preguntarnos cuál debe ser el estándar de prueba para las decisiones en el ámbito del derecho administrativo sancionador, cuando en él se incluyen decisiones con costes y consecuencias tan distintos como las sanciones de tráfico y las decisiones sobre problemas medioambientales o sobre infracciones a la competencia. En definitiva, los costes de la condena falsa son relativos al tipo de condena, no a la jurisdicción”. Afirmación que vale, incluso, para el ámbito penal (Ferrer, 2021: 205).

“A pesar de todo ello, desde un punto de vista epistemológico, es claro que del convencimiento psicológico del juzgador respecto de ‘p’ no se infiere nada acerca de la verdad de ‘p’ ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a ‘p’. (...) De hecho, todos observamos día a día cómo diferentes personas, expuestas a la percepción de las mismas pruebas, alcanzan conclusiones distintas y grados de confianza subjetiva diversos en esas conclusiones”²⁵.

La posición analizada, además, no se explicaría por qué los bienes jurídicos serían mejor tutelados si aumentan las posibilidades de condena con un estándar probatorio menos exigente. En otras palabras, se asume que con un estándar probatorio más exigente (como el penal) se reduce el riesgo de condenas falsas. Nuevamente, este es “un equívoco habitual”, porque no depende del estándar probatorio (o al menos no únicamente), sino de la riqueza del acervo probatorio o el peso de la prueba, toda vez que “cuanto mayor sea el peso probatorio del conjunto de pruebas disponibles mayor será la posibilidad de distinguir entre ellos”, entre culpables e inocentes y, “por tanto, menores los errores” (Ferrer: 122 y 123).

De hecho, ese es un llamado a la eficacia del sistema en el “descubrimiento de la verdad”, de modo que, si nos preocupa en serio la cuestión de las garantías, “no basta que nos preocupemos por cuán exigente es el estándar de prueba, sino que deberemos preocuparnos por establecer mecanismos que mejoren la investigación de los delitos y en consecuencia la riqueza de las pruebas” (Ferrer: 124).

Como último punto, se pretende vincular un estándar de prueba exigente (penal y transferible al derecho administrativo) con el principio de presunción de inocencia, pero ello nos remite al problema inicial: ¿cuándo se considerará probada en contrario la inocencia del acusado? Lo único que presupone ese principio es que exista un estándar de prueba (naturalmente, no uno subjetivo), pero no cuál debe ser este²⁶.

²⁵ En el mismo sentido, Gascón (2005: 139): “En definitiva, los estándares de prueba responden a la pregunta de cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho, o más precisamente, cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe, y descansarán en última instancia en exigencias o grados de confirmación”.

²⁶ “En otros términos, la presunción de inocencia como regla de juicio exige la absolución del imputado salvo que se disponga de prueba suficiente sobre su culpabilidad, en cuyo caso se derrota la presunción; pero no determina el umbral de suficiencia probatoria” (Ferrer, 2021: 148).

Ello nos regresa a nuestro planteamiento central: la decisión sobre el estándar de prueba (así como otras garantías, limitaciones o condiciones) es una cuestión política y no depende de una supuesta fuerza normativa de otra rama del derecho, una decisión en la que “no hay respuestas correctas”, porque presupondría “una concepción objetivista de la moral”, a falta de la cual “no queda más que fundar la decisión en las preferencias sociales, expresadas por los cauces democráticos” (Ferrer: 144-145)²⁷.

Junto con la carga de la prueba y las presunciones, el estándar de prueba es una regla de distribución de error entre las partes, que puede ser simétrico o asimétrico. Si bien su definición dependerá, en última instancia, de un acuerdo político, es esperable que se tenga en cuenta el contexto. Esa decisión será más imparcial mientras se tenga más clarividencia sobre el contexto, lo que requiere de que el debate público sea lo más inclusivo posible, como tuvimos oportunidad de anotar previamente.

¿Qué puede influenciar en esa decisión? La gravedad o costo de las absoluciones y condenas falsas, las dificultades probatorias, la coexistencia de otras reglas de distribución del error como las anotadas presunciones y carga de la prueba, la distribución de poder entre las partes o su asimetría informativa (piénsese en la protección al consumidor), entre otras (Ferrer: 150 y ss.)²⁸. No obstante, como señalamos anteriormente, la práctica va a desbordar estas situaciones haciendo imposible su racionalización, porque las sociedades son cambiantes y las decisiones se toman en momentos distintos.

Que esta es una discusión de *policy* se puede apreciar en el derecho de la competencia. Por ejemplo, partiendo de las particularidades propias del derecho y la política de competencia, Fuchs (2020: 232) propone que se tengan en cuenta, al menos “i) el objetivo general de disuadir la generación de cárteles en la economía; ii) la ausencia de sanciones privativas de libertad que conllevan una preferencia política por evitar las falsas condenas; iii) los costos sociales y económicos de absolver un cártel que efectivamente

²⁷ Así, también, Fuchs (2020: 32): “En otras palabras, el estándar de prueba deberá reflejar una decisión consciente entre los diferentes derechos e intereses en juego, entre los incentivos y desincentivos que una sentencia puede tener tanto respecto de quienes son parte en el mismo como en relación con la sociedad en general”.

²⁸ O, también, en términos más abstractos, la protección de un determinado *statu quo* (Letelier, 2018).

estaba dañando a la economía y a los consumidores, y iv) las dificultades para obtener prueba incriminatoria en contra de un cártel”, lo que le permite concluir, para el caso chileno, la necesidad de un estándar más cercano al civil, al ser más efectivo para alcanzar el fin disuasivo.

No obstante, se sostiene que el contexto institucional también tiene particularidades o características relevantes “a efectos de comprender el diseño de reglas sobre [estándares de prueba]” en materia de competencia (Gárate, 2022: 85)²⁹. En ese sentido, “es posible atenuar -como ha ocurrido en otras jurisdicciones- el [estándar de prueba], dependiendo del impacto que genera cada conducta” (Gárate: 165). Así, “no resulta razonable y exigible pretender que sea uno sólo el [estándar de prueba] aplicable a casos en los que las consecuencias pueden resultar más graves que en casos en los que ellas tienen una magnitud considerablemente menor” (Gárate: 166).

La cuestión del estándar de prueba nos revela, pues, la importancia de considerar y ponderar diversos elementos para la búsqueda de la verdad y las garantías de los afectados, discusión en la cual personas razonables pueden disentir e, incluso, cambiar sus posiciones en el tiempo, lo que deberá ser zanjado mediante un acuerdo político expresado en una ley.

En conclusión, la ventaja de la teoría propuesta es que permite explicar la diversa y a veces contradictoria regulación de las garantías, limitaciones o condiciones para la aplicación de sanciones administrativas o penales, bajo un marco democrático e inclusivo, donde cabe, sin embargo, la ordenación de estos distintos regímenes, pero como una cuestión de política legislativa (leyes de procedimiento administrativo general, por ejemplo). Ello sin tener que recurrir a teorizaciones sin sustento normativo ni teórico y con menor legitimidad democrática (la tesis de la transferencia y la diferencia funcional entre ambos tipos sanciones) para esa ordenación.

²⁹ A saber, “(i) la existencia de un sistema acusatorio mixto con un fuerte componente estatal; (ii) un sistema de administración judicial que descansa en la dualidad TDLC, órgano jurisdiccional especializado y con importantes particularidades institucionales, y la Corte Suprema que realiza directamente el control jerárquico de las decisiones adoptadas por el TDLC, y finalmente, (iii) la amplitud del arsenal sancionatorio con que el Derecho de la (libre) competencia responde frente a conductas que puedan ser declaradas ilegales” (Gárate, 2022: 85).

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN, Lucía (2014), «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 145, 135-167.

ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Marcial Pons.

BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip (2015), *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo Veintiuno Editores. Publicado originalmente como: *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice* (1990).

CASINO RUBIO, Miguel (2021), *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CUESTA LÓPEZ, Víctor (2022), *Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional*, Marcial Pons.

FERRER, Jordi (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.

FUCHS, Andrés (2020), «Análisis y propuestas sobre el estándar de prueba aplicable en casos de carteles, en materia de derecho de la competencia», en: Ferrer Beltrán, Jordi et al (eds.) (2020), *Del Derecho al razonamiento probatorio*, Marcial Pons.

GÁRATE, Óscar (2022), *Estándar probatorio en libre competencia*, Tirant Lo Blanch.

GARCÍA AMADO, Juan (2008), «Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación Administrativa*, 280-281, 11-41.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006), *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Duodécima edición, Palestra Editores.

GARGARELLA, Roberto (2021), *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*, Siglo Veintiuno Editores.

GARGARELLA, Roberto (2022), *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Segunda edición, Siglo Veintiuno Editores.

GASCÓN, Marina (2005), «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», 28, 127-139

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo (2013), *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Tercera edición, Thomson Reuters.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2020), «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 6, 1-38.

HIGA, César et al (2019), «Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa», *Revista de Derecho Administrativo*, 18, 355-376.

MONTERO, Cristian (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, 125-152.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2020), *Derecho Administrativo Económico*, Tercera edición, Thomson Reuters.

LAUDAN, Larry (2005), «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113.

LAUDAN, Larry (2013), «La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal» (pp. 119-134), en: VÁSQUEZ, Carmen (ed.) (2013), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons.

LETELIER, Raúl (2017), «Garantías penales y sanciones administrativas», *Política criminal*, 24, 622-689.

LETELIER, Raúl (2018), «El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, 31, 209-229,

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons.

ROJAS CALDERÓN, Christian (2019), *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*, DER Ediciones.

ROSLER, Andrés (2018), *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz Editores.

SOTO, Pablo (2021), *El reproche personal en el derecho administrativo sancionador. Culpa y dolo, responsabilidad objetiva y culpa infraccional*, Tiran Lo Blanch.

PAREJO, Luciano (2014), «Algunas reflexiones sobre la necesidad de depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, 36, 1-26.

WALDRON, Jeremy (2018), «La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad» (pp. 55-124), en: Waldron, Jeremy (2018), *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo Veintiuno Editores. Publicado originalmente como: *The Core of the Case against Judicial Review* (2006).

VAQUER, Marcos (2018), «El poder administrativo» (pp. 1243-1271), en: Vaquer, Marcos et al (2018), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Tomo II*, Tirant Lo Blanch.