

Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*

Santiago Montt Oyarzún
Director RegCom

L'Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile.

Maurice Hauriou¹

Achieving an appropriate mix between authority and accountability is a daunting task, but a necessary one. Ultimately, authority and accountability cannot be reconciled.

Stephen M. Bainbridge²

I. La vocación jurificadora del Derecho Administrativo y los principios fundamentales del Derecho administrativo

1. La vocación epistemológica del Derecho público en general y del administrativo en particular es comprender el misterio del poder y su materialización contemporánea en la forma de Estado. El Derecho público nos provee –y exigimos que nos provea– explicaciones aceptables acerca de la constitución, mantención y regulación de la autoridad gubernamental³, así como de la racionalidad y justificación de su intervención en los distintos y variados ámbitos en los actualmente despliega su poder.

* Trabajo presentado en el proceso de oposición para el cargo de profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, mayo de 2010.

¹ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif* (2ª ed., 1893), ¶ 83.

² Stephen M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice* (Oxford University Press, New York 2008), p. 11.

³ *Vid.* Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford University Press, New York 2003), p. 1 (“[The basic tasks of public law are] the constitution, maintenance and regulation of governmental authority”).

2. Pero el Derecho público no es una actividad humana meramente descriptiva. No se contenta con darnos explicaciones acerca del poder y el Estado. Por el contrario, el Derecho público posee una vocación pragmática y política distintiva: *domesticar* el poder⁴. Se trata, en palabras de Günter Frankenberg, de “juridificar la esfera de acción estatal por la vía de transformar las relaciones de poder entre el individuo y el Estado en relaciones jurídicas”⁵.

3. Esta vocación pragmática y política del Derecho público es en el fondo una manifestación de nuestro ideal democrático del “Estado de Derecho”, o *legalité*, o *Rechtsstaatlichkeit* o “rule of law”: el “gobierno de las leyes y no de los hombres” (*government of law and not of men*)⁶. Este ideal, como dice Mashaw, aspira a “un sistema de comandos objetivos y accesibles que se aprecian como surgidos de la voluntad colectiva y no del ejercicio de la discreción o preferencia de aquellas personas que resultan estar en el poder”⁷.

4. Dicho en nomenclatura familiar a los administrativistas, el fin no es otro que la “reducción progresiva de la arbitrariedad en el Derecho positivo y en su administración”⁸. Es la conocida “lucha contra las inmunidades de poder” de García de Enterría. Es el afán de contar con “organizaciones constreñidas” (*bounded organizations*)⁹.

5. Ahora bien, según intentaré demostrar en esta presentación, la vocación juridificadora del Derecho Administrativo se manifiesta conforme a

⁴ Como dice León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional* (Comares, Granada 2005), p. 22, “[n]adie tiene el derecho de mandar a otros; ni un emperador, ni un rey, ni un Parlamento, ni una mayoría popular pueden imponer su voluntad como tal voluntad; sus actos no pueden imponerse a los gobernados sino en cuanto son conformes a Derecho” (énfasis agregado).

⁵ Günter Frankenberg, “Remarks on the Philosophy and Politics of Public Law”, 18 *Legal Studies* 177, 179 (1998).

⁶ Como afirma Carol Harlow, “Global Administrative Law: The Quest for Values and Principles”, 17 *European Journal of International Law* 187, 190 (2006), “[t]he legitimating principles of any Western administrative law system are found in the twin ideals of democracy and the rule of law”.

⁷ Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law* (Yale University Press, New Haven 1997), pp. 138-139.

⁸ Philippe Nonet y Philip Selznick, *Towards Responsive Law. Law & Society in Transition* (4^a ed., Transaction Publishers, New Brunswick 2008), p. 108.

⁹ Martin Shapiro, “Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance”, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 369 (2001).

dos expresiones distintas pero no contradictorias: la pretensión de *autonomía* del Derecho Administrativo, que se aprecia en los principios fundamentales de legalidad, control y responsabilidad, entre otros; y en la pretensión de *responsividad* del Derecho Administrativo, que se aprecia en los principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación, entre otros.

6. Estas dos expresiones y los principios fundamentales que las animan dan lugar a dos paradigmas o concepciones del Derecho Administrativo: por un parte, el Derecho Administrativo de la “luz roja”, enfocado en la protección de las garantías individuales y en el rol de los Tribunales y del Derecho en el control de la legalidad y discrecionalidad del ejercicio del poder; y, por otro lado, el Derecho Administrativo de la “luz verde”, enfocado en el efectivo, apropiado y oportuno diseño y ejecución de las políticas públicas regulatorias y de servicio público¹⁰.

7. A continuación presentaré una síntesis del Derecho Administrativo de la “luz roja” y el de la “luz verde”. A efectos clarificadores, termino presentando una aplicación de ambas concepciones al Derecho Administrativo Sancionador.

II. Derecho administrativo de la luz roja: *autonomía legal* y principios fundamentales de legalidad, control y responsabilidad

8. El principio de la legalidad es la pieza maestra del Derecho Administrativo de la luz roja¹¹.

9. Desde una perspectiva histórica, el Derecho Administrativo nació, en palabras de García de Enterría y Fernández, “como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo”¹². Bajo el concepto ilustrado-

¹⁰ La idea de un derecho administrativo de la luz roja y de la luz verde es original de Carol Harlow y Richard Rawlings, *Law and Administration* (3rd ed., Cambridge University Press, New York 2009), pp. 31 ss. La idea fue introducida en la primera edición de este texto de 1984.

¹¹ El principio de legalidad lo entiendo aquí tanto en su sentido de legalidad estricta como de *juridicidad* o vinculación al ordenamiento jurídico en su totalidad. *Vid.* Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Editorial Jurídica, Santiago 1996), T. II, p. 32 (“[L]a idea de juridicidad, superación de la mera legalidad, reenvía directa e inequívamente”)

¹² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (13ª ed., Civitas, Madrid 2006), T. I, 438.

revolucionario, la Administración fue sometida a la exigencia de ejercer el poder únicamente cuando éste haya sido previamente atribuido por leyes del Parlamento:

[El] que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley previa es el principio técnico de la división de los poderes: el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es «ejecutar» la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las Leyes¹³.

10. Visto en perspectiva histórica, el paso que supone pasar de un Estado absoluto de policía a un Estado de Derecho demuestra que la *legalidad* ha probado ser en los hechos un gran domesticador del poder. Es decir, los revolucionarios tenían razón: era y sigue siendo posible reemplazar el capricho del soberano por un sistema de gobierno basado en la voluntad general del pueblo expresada en normas.

11. La fuerza de esta domesticación no reside únicamente en desplazar el capricho del rey por la voluntad del pueblo (que pudiera ser tan caprichosa como la del primero), sino de articular el ejercicio del poder sobre la base del Derecho. Y el Derecho no es simplemente un conjunto de normas, como se lo solía definir algunos años atrás, sino un sistema *autónomo* que pertenece al campo profesional propio y exclusivo de los abogados¹⁴.

12. Ahora bien, la *autonomía* que reclama el Derecho para sí es más fuerte que una mera reserva profesional. El Derecho post-revolución pretende ser un ámbito independiente de la política y de la moral. La ciencia jurídica se ha desarrollado, conforme a esta visión, al margen de las ciencias físicas y sociales y de las humanidades. Su objeto de su estudio y análisis son las normas y la dimensión del deber ser.

13. Más certeramente, Nonet y Selznick definen el Derecho autónomo por su orientación metodológica a la preservación de su “integridad institucional”¹⁵. El Derecho autónomo –cuya máxima expresión es la dogmática jurídica– reclama el proceso de interpretación y aplicación del

¹³ *Id.*, 439.

¹⁴ Desde una perspectiva histórica, cabe notar que esta tensión entre Derecho y política se dio primeramente en el orden judicial, donde primeramente se juridificó el ejercicio del poder en el mundo post-medieval. El conocido conflicto entre el juez Coke y el rey James I es paradigmático en este sentido.

¹⁵ Nonet y Selznick, n. 8, p. 78.

Derecho para sí, situando con ello el Derecho no sólo al margen sino por sobre la política.

Un baluarte de la autonomía institucional... es la disociación de la voluntad política y las proposiciones o juicios legales. La ley es elevada por “sobre” la política; esto es, se considera que el derecho positivo contiene estándares que el consentimiento público, autenticado por la tradición o por el proceso constitucional, ha removido de la controversia política¹⁶.

14. La “integridad institucional” se preserva primero y antes que nada, mediante razonamientos “*backward-looking*” (“mirando hacia atrás”), esto es, razonamientos basados en reglas y principios ya existentes en el ordenamiento. El Derecho autónomo prescinde de otros modos de razonamiento moral y político, particularmente de aquellos de naturaleza *forward-looking* (mirando hacia adelante) como el consecuencialismo¹⁷. Es la imagen de la Justicia ciega: no importan las consecuencias de las conclusiones sean adoptadas conforme a las lógicas del deber ser.

15. En términos de integridad institucional, el Derecho Penal es la disciplina jurídica *autónoma* por excelencia. Su objetivo es legalizar la actividad del juez en toda su extensión, y en los vacíos que aparezcan como inevitables, suministrarle respuestas (únicamente) desde la dogmática.

16. El Derecho penal es el gran modelo de la “luz roja”: es garantista, y en su narrativa, la legalidad tiene por finalidad dar protección al ciudadano frente al *ius puniendi* estatal¹⁸. La legalidad es así objeto de altas expectativas juridificadoras: conforme a la mejor doctrina, la concepción de la “vinculación del poder del Estado a la ley abstracta” tiene por finalidad “asegurar... la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad”¹⁹. La prohibición de las leyes penales en blanco o imprecisas es la expresión máxima del principio de legalidad y de la función garantista que se le atribuye:

¹⁶ *Id.*, p. 57 (“[A] bulwark of institutional autonomy... is the disjunction of political will and legal judgment. Law is elevated ‘above’ politics; that is, the positive law is held to embody standards that public consent, authenticated by tradition or by constitutional process, has removed from political controversy”).

¹⁷ *Vid.* Christine Parker et al (eds), *Regulating Law* (Oxford University Press, New York 2004), p. 4.

¹⁸ En el límite, aparece la concepción del Código Penal como “la Carta Magna del delincuente, según la conocida expresión de von Litz.

¹⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General* (Civitas, Madrid 1997), pp. 144-145.

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo²⁰.

17. Esta breve referencia al Derecho Penal se justifica por cuanto el mismo ha sido, sin ser reconocido, el paradigma implícito del Derecho Administrativo de la luz roja. Por una parte, el poder estatal en general se concibe como una interferencia con la libertad privada, al modo del *ius puniendi* estatal del Derecho Penal. Por otra parte, la autonomía del Derecho se presenta como un componente crucial para aislar de la influencia de la política aquellas interferencias estatales que es estiman indispensables. Como sintetiza Tomkins, “los teóricos de la luz roja consideran que el Derecho es autónomo y superior a la política, y que el Estado administrativo es peligroso y que debe ser sujeto a control por el Derecho”²¹.

18. Los principios de control y responsabilidad no son sino el reverso de la moneda del principio de la legalidad, al menos conforme a la pretensión garantizadora de derechos y libertades particulares que corresponde al Derecho *autónomo*. Por ello, el Derecho *autónomo*, y la concepción de la luz roja con que naturalmente va asociado, enfoca su análisis del Derecho Administrativo desde la perspectiva de los tribunales y el control judicial que ellos ejercen sobre la Administración²². Por ejemplo, Soto Kloss, seguidor de la luz roja en nuestro medio²³, estructura su obra presentando la nulidad de Derecho Público y la Responsabilidad del Estado como los dos principales “efectos del principio de juridicidad”, en particular de su incumplimiento o infracción²⁴.

19. Ahora bien, para frustración de los abogados, la metodología del Derecho autónomo tiene un rango de influencia e impacto limitado sobre el

²⁰ *Id.*, p. 169.

²¹ Adam Tomkins, “In Defence of the Political Constitution”, 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 157, 158-159 (2002).

²² *Vid.* Nonet y Selznick, n. 8, p. 104 (“[T]he paradigmatic function of the legal order is adjudication rather than policy making or administration... Autonomous law is court-centered”).

²³ *Vid.* Rolando Pantoja Bauzá, “El Derecho y la Administración del Estado en Chile”, en Rolando Pantoja Bauzá (ed), *Derecho administrativo chileno* (Editorial Porrúa, Mexico 2007), p. 11-17, quien denominada a esta corriente y a su definición del Derecho administrativo como “subjetiva o garantística”.

²⁴ *Vid.* Soto Kloss, n. 11, índice de la obra.

Derecho Público en general y en el Administrativo en particular. A diferencia del Derecho Penal —que sí ha legalizado el ejercicio de *ius puniendi*, al menos desde una perspectiva teórica—, el Derecho Administrativo debe lidiar con una realidad que no puede negar ni superar: los poderes discrecionales de autoridad administrativa.

20. Lo que ocurre es que el ejercicio del poder no es reductible a la lógica de la legalidad del Derecho autónomo: agotadas las conclusiones a las que podemos llegar con el razonamiento *backward-looking*, quedan siempre lo que los franceses denominan *l'opportunité* o los alemanes, la *Zweckmäßigkeit*, o los anglo-americanos, el *policy*, o, en términos dworkinianos, el “agujero de la rosquilla”. Desde un punto de vista jurídico, así lo afirman García de Enterría y Fernández:

La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura «nomocracia» objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los ordenadores)²⁵.

21. Los seguidores más fieles del Derecho autónomo han reaccionado intentando forzar una reducción de la discrecionalidad a la legalidad. Especialmente en España, se idearon toda clase de recursos argumentativos para demostrar que es siempre posible dar con una única respuesta jurídicamente correcta, aquella que más intensamente propende al interés general. Los más audaces señalaron que siempre sería posible revisar judicialmente que se esa única respuesta haya sido la efectivamente adoptada por la Administración.

22. Pero, a pesar de la astucia y sofisticación argumentativa del Derecho autónomo, el problema es radicalmente insuperable. Ocurre que, en un sistema democrático de gobierno, la *política* no es totalmente reductible al Derecho. La democracia es el gobierno de la mayoría y no el de los abogados ni menos de los jueces.

23. En una democracia, la Administración del Estado, entidad políticamente responsable en su cúspide, es la rama de gobierno a quien corresponde implementar la ley y adoptar en dicho proceso las decisiones de *oportunidad* que se requieran conforme al interés público. Al menos en nuestro país, la Constitución no deja ninguna duda en esta materia. Chile, de acuerdo

²⁵ García de Enterría y Fernández, n. 12, p. 461.

al artículo 4º, “es una república democrática”. Y, conforme al régimen presidencialista que nos caracteriza, “[e]l gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado” (art. 24 inc. 1º). Esto sin perjuicio del rol que corresponde al gobierno regional y comunal, especialmente considerando el sustento democrático de este último²⁶.

24. La Administración no sólo tiene más conocimiento técnico que los jueces, sino también mayor legitimidad democrática, especialmente en un país presidencialista como el nuestro. Como ha expresado la Corte Suprema norteamericana en el caso de Derecho administrativo más famoso existente:

Los jueces no son expertos en la materia [ambiental en el caso en cuestión] y no son parte de las ramas políticas del Gobierno. Los tribunales deben, en algunos casos, reconciliar intereses políticos contrapuestos, pero no sobre la base de los preferencias políticas personas de los jueces. Por el contrario, una agencia administrativa en la que el Congreso ha delegado responsabilidad regulatoria puede, dentro de los límites de la delegación, confiar en la sabiduría política (*policy*) que tenga el jefe de servicio a cargo para dar forma a las decisiones. Si bien es cierto que las agencias no son directamente responsables frente al pueblo, el Presidente sí lo es, y es claramente apropiado que las ramas políticas del Gobierno hagan ese tipo de elecciones políticas: deben resolver los intereses contrapuestos que el Congreso, inadvertidamente no resolvió, o intencionalmente dejó para ser resueltos por la agencia encargada de administrar la ley a la luz de la realidad del día a día²⁷.

25. Para peor, desde una perspectiva empírica, es posible constatar que la complejidad de las tareas que debe realizar la Administración en la actual “sociedad del riesgo” – que, en realidad, debiera llamarse la “sociedad aversa al riesgo” – no han hecho sino aumentar los espacios de discrecionalidad pública en las que el juez no debe intervenir. Los ciudadanos demandamos la intromisión de la Administración en la eliminación de toda clase de riesgos, todos los cuales suponen un conocimiento técnico hiper-especializado. Baste aquí nada más citar como ejemplo la reciente crisis financiera y el llamado posterior a re-regular el sector financiero para eliminar la posibilidad otra crisis semejante a futuro.

²⁶ *Vid.* Art. 118 inc. 4 de la Constitución: “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

²⁷ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837, 865-866 (1984).

26. ¿Qué debemos hacer en este punto? ¿Abandonar la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y dejar entregada la discrecionalidad administrativa a la política sin más? A mi juicio, la respuesta pasa crucialmente por separar los medios o metodologías juridificadoras del Derecho *autónomo* – que, a pesar de ser fundamentales al Estado de Derecho, han demostrado tener una eficacia limitada²⁸ – de los fines juridificadores últimos del Derecho Administrativo.

27. En otras palabras, que la discrecionalidad no sea reductible a la legalidad, no significa que el Derecho Administrativo deba abandonar su vocación domesticadora del poder. Como pregunta Tornos Mas, “¿es indiferente al derecho que la Administración adopte o no la solución más razonable, debiendo conformarse el ordenamiento administrativo con garantizar que no se adopte una decisión irracional?”²⁹. La respuesta tiene necesariamente que ser negativa: el Derecho debe seguir preocupado por desterrar el capricho y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

28. La adopción genuina de esta afirmación supone necesariamente superar el paradigma del Derecho autónomo y su modelo asociado de Derecho Administrativo de la luz roja. Si la autonomía del razonamiento jurídico “no da el ancho” en su misión juridificadora, entonces debemos bajarla del sitial totalizante en que actualmente se encuentra posicionada, y confinarla a un ámbito más restringido.

29. Debemos, entonces, desarrollar un paradigma complementario que nos permitan salir al encuentro de la discrecionalidad administrativa y domesticarla con herramientas jurídicas apropiadas. La vocación por domesticar el poder nos exige salir de la formalidad y del razonamiento *backward-looking*, y hacernos preguntas que hasta ahora habíamos desterrado del Derecho. Como explican Nonet y Selznick:

La juridicidad es la progresiva reducción de la arbitrariedad en el derecho positivo y en la administración. Presionar por la máxima posible reducción de la arbitrariedad es demandar un sistema de Derecho que sea capaz de alcanzar objetivos que trasciendan la regularidad formal y la justicia procesal, para

²⁸ Al final del día, como señalan Nonet y Selznick, n. 8, p. 54, “[T]he limitations of autonomous law arise because too much energy is consumed in preserving institutional integrity at the expense of other legal ends”.

²⁹ Tornos Mas, citado por Juli Ponce Solé, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad* (Lex Nova, Valladolid 2001), p. 127.

alcanzar la justicia sustantiva. Ese logro, a su vez, requiere de instituciones que sean competentes y también legítimas³⁰.

30. A continuación veremos cómo se articula el Derecho Administrativo *responsivo* sobre la base de los principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación.

III. Derecho administrativo de la luz verde: Responsividad y principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación

31. De acuerdo al trabajo clásico de Nonet y Selznick, la respuesta a las limitaciones del Derecho *autónomo* y su obsesión por la integridad institucional del ordenamiento, es el Derecho *responsivo*. El Derecho es *responsivo* cuando se toma en serio y es sensible a las necesidades sociales y económicas que debe regular.

32. Conforme a esta concepción, el Derecho no se concibe como una dogmática cerrada a las consecuencias de las normas, sino que, por el contrario, exige al ordenamiento una “completa y inteligente consideración de los hechos sociales sobre los cuales debe proceder y a los cuales debe aplicarse”³¹. Se espera que las instituciones legales “abandonen la insularidad del Derecho *autónomo* y se conviertan en instrumentos dinámicos de orden social y de cambio social”³².

33. Lo que caracteriza a esta concepción *responsiva* del Derecho es su énfasis en el desarrollo y facilitación de la función pública. En el paradigma *responsivo*, el *expertise* central del abogado no está dado por las técnicas del control y responsabilidad basadas en el razonamiento legal *backward-looking*, sino en los principios propios del diseño y diagnóstico institucional³³.

³⁰ Nonet y Selznick, n. 8, p. 108 (“In a purposive system legality is the progressive reduction of arbitrariness in positive law and its administration. To press for a maximum feasible reduction of arbitrariness is to demand a system of law that is capable of reaching beyond formal regularity and procedural fairness to substantive justice. That achievement, in turn, requires institutions that are competent as well as legitimate”).

³¹ Roscoe Pound, citado por Nonet y Selznick, n. 8, p. 73.

³² Nonet y Selznick, n. 8, p. 74.

³³ Nonet y Selznick, n. 8, p. 111 (“Responsive law aims at *enablement and facilitation*; restrictive accountability is a secondary function. A new kind of lawyerly expertise is envisioned—expertise in the articulation of *principles of institutional design and institutional diagnosis*”).

Ciertamente esto exige que los abogados abran el conocimiento legal a las ciencias sociales y económicas, entre otras.

34. Probablemente el campo más fértil para el Derecho *responsivo* sea precisamente el Derecho administrativo³⁴. La visión *responsiva* del Derecho supone, eso sí, expandir la concepción del Derecho Administrativo de la luz roja a una nueva: la teoría de la *luz verde*. No se trata de retroceder a un Estado de Policía desvinculado de la legalidad y del control jurídico (especialmente el judicial), sino de centrar la atención en la gestión y el servicio público en cuanto tales, no como interferencias a la libertad, sino como actuaciones cuyo propósito es contribuir al interés general, incluyendo la libertad.

35. El Derecho Administrativo de la luz verde está animado en su base por los principios fundamentales de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación. Una poderosa razón para identificar el Derecho Administrativo de la luz verde con estos principios, es que su funcionalidad depende tanto de la política, por un lado, como de las ciencias políticas, sociales y económicas, por otro. Su operatividad primaria se da de cara a la sociedad y sus problemas; sólo secundariamente operan como factores de coherencia e integridad del ordenamiento jurídico. Sus destinatarios principales son los políticos, administradores y funcionarios públicos, no los jueces en sede de control judicial³⁵.

36. La teoría de la luz verde busca superar las limitaciones de la dogmática jurídica en sus intentos infructuosos de juridificación plena del poder. Así, la diferencia entre la luz verde y la luz roja puede sintetizarse, en palabras de Tomkins, en los siguientes términos:

El Derecho no se aprecia como autónomo de la política; el Estado administrativo no se ve como algo maligo, sino como una entidad positiva que debe ser bienvenida; el Derecho administrativo no debe buscar únicamente detener las malas prácticas administrativas, y considera, en todo caso, que pueden haber mejores maneras que el control judicial; y finalmente que el fin es aumentar la

³⁴ De hecho, en el ámbito regulatorio, uno de los libros más influyentes en los últimos 20 años ha sido el de John Braithwaite y Ian Ayres, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, New York 1995).

³⁵ Por eso, como señalan Harlow y Rawlings, n. 10, pp. 36 y 40, la teoría de la luz verde se concentra no en los tribunales sino en las alternativas a los tribunales; prioriza formas democráticas y políticas de control de la Administración, por sobre la judicial.

libertad personal y colectiva concebida en términos positivos y no solamente negativos³⁶.

37. Antes de proseguir, es importante destacar que la concepción *responsiva* del Derecho Administrativo de la luz verde tiene sus orígenes tanto en los realistas americanos –de donde se alimentan Nonet y Selznick– como también en los franceses, especialmente en la Escuela del Servicio Público. León Duguit, padre de esta última, fue también el fundador de la moderna sociología del Derecho³⁷, y su concepción del Derecho se caracteriza por tener un fuerte carácter realista y antiformalista.

38. Para Duiguit, la función del poder público era primero y antes que nada, la de proveer un marco dentro de los cual el servicio público fuera brindado en forma eficiente³⁸. Conforme a este objetivo, la preocupación por la política, por la gestión y por las ciencias sociales es de la esencia en la tradición del Servicio Público. Una de las más clásicas e influyentes obras de este Escuela, los *Principios Generales del Derecho Administrativo* de Gastón Jèze, no dejan duda a este respecto. En las primeras páginas del primer volumen Jèze afirma que:

Es preciso averiguar siempre la *necesidad social, política o económica*, a la que responde determinada institución; las *condiciones económicas, sociales y políticas*, en las que funciona tal o cual servicio público; el *rendimiento práctico*, desde el punto de vista social, político y económico, del servicio. Todo esto corresponde al punto de vista *político*.

También es necesario examinar las *reglas* y los *procedimientos jurídicos* por medio de los cuales se persigue y alcanza la finalidad del servicio público: su buen funcionamiento. Éste es el punto de vista de la *técnica jurídica*...

Desatender uno u otro punto de vista –la técnica jurídica o la política– es, en mi opinión, dejar de lado uno de los elementos esenciales del problema que se examina; es no ocuparse sino de una fase de la cuestión. Quien meramente describe las instituciones o los servicios públicas desde el punto de vista político, o sólo desde el punto de vista de la técnica jurídica, los desfigura. Los problemas de derecho son esencialmente problemas *sociales y políticos*³⁹.

39. Sabido es la importancia que tuvo la Escuela del Servicio Público en nuestro país, y en nuestra Facultad de Derecho, durante el siglo xx. A pesar

³⁶ Tomkins, n. 21, 158-159.

³⁷ Vid. José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, “Estudio Preliminar: ‘La Teoría Jurídica de León Duguit’”, en León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional* (Comares, Granada 2005), p. xviii.

³⁸ Harlow y Rawlings, n. 10, p. 34.

³⁹ Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Admnsitrativo* (Depalma, Buenos Aires 1948, traducción de la 3ª ed. Francesa de 1925), Vol. I, pp. 5-9.

de que dicha Escuela haya terminado siendo formalista y “organicista” en Chile⁴⁰, igualmente podemos apreciar en su programa importantes trazos de vinculación del Derecho con la realidad política, social y económica. Por ejemplo, Silva Cimma define el Derecho Administrativo en los siguientes términos:

Entendemos por Derecho Administrativo, aquel que tiene por objeto el estudio de la creación, organización, funcionamiento y supresión de los Servicios Públicos, la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes... [E]s indudable que el Derecho Administrativo no sólo está compuesto por un conjunto de legislación positiva... *Por el contrario, de su íntima vinculación con el Derecho Político deducimos que existe también una ‘ciencia de la administración’, es decir, un cuerpo doctrinario, ordenado y metódico que persigue que el Estado puede cumplir sus fines de acuerdo con una política definida*⁴¹.

40. A pesar del predominio de la luz roja, ha seguido siendo nuestra Facultad la que ha mantenido la tradición clásica conforme a la cual el Derecho Administrativo se centra en la función pública y en los fines de interés general que la caracterizan. Así, de acuerdo a Pantoja Bauzá:

⁴⁰ Vid. Pantoja, n. 23, p. 10:

De aquí que se generalizara en el derecho chileno la aceptación de un concepto de derecho administrativo modelado sobre la armazón orgánica o estructural de la administración, al acotar lo administrativo en torno al ser esquemático, al organigrama de la administración pública, subentendiendo que todo cuanto realice este complejo orgánico adopta por ese solo hecho un consecuente carácter administrativo.

⁴¹ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Editorial Jurídica, Santiago 1954), p. 24 (énfasis agregado). Vid. también, Manuel Jara Cristi, *Derecho Administrativo* (Avaria e Hijo, Santiago 1943), p. I:

El objeto del Derecho Administrativo es observar al Estado en su autoridad y descubrir las reglas jurídicas que rigen su actividad para realizar las funciones de la Administración.

Vid. también, Guillermo Varas C., *Derecho Administrativo. Nociones Generales* (Editorial Nascimento, Santiago 1940), pp. 14-15, quien al definir el Derecho Administrativo señala que:

De lo expuesto se infiere que es provechoso el estudio de la ciencia de la Administración en cuanto proporciona un conjunto de conocimientos útiles, necesarios al gobernante o al legislador que debe adoptar directivas, sistemas, métodos o procedimientos para la mejor gestión de los intereses públicos. El estudio del Derecho Administrativo, aún cuando se incline al método jurídico, no puede prescindir de la ciencia de la Administración y en muchos casos deberá recurrir a ella para explicar todo el alcance de ciertas instituciones administrativas.

[E]l derecho administrativo es aquella disciplina jurídica que estudia la función administrativa, esto es, la actividad pública que se expresa en servicios públicos y en la promoción del desarrollo sustentable del país y de su población, en este caso, en una efectiva contribución a que ‘todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional –alcancen– su mayor realización espiritual y material posible’, como lo prescribe el artículo 1° del código político⁴².

41. Ahora bien, volviendo al tema central de este artículo –la juridificación de las relaciones de poder–, corresponde hacer aquí la pregunta central que nos ocupa a la teoría de la luz verde. Aceptado que la luz roja abandona intolerablemente el “agujero de la rosquilla” a entera discreción de la autoridad, ¿qué plan, metodología o enfoque propone la teoría de la luz verde para juridificar y racionalizar el poder más allá de la legalidad?

42. Para responder esta pregunta, es necesario partir por señalar que el ideal de la teoría de la luz verde es la “buena administración”. Este ideal se concretiza mediante el uso de metodologías de *diseño institucional* que pueden clasificarse en dos grandes grupos: primero, aquellas que podemos llamar “negativas” o “anti-pesimistas”, que apuntan a superar las denominadas “fallas de gobierno” o “captura del regulador”, y que se sustentan en la optimización de los principios fundamentales de la transparencia, probidad, publicidad y participación⁴³; y, segundo, las que podemos llamar “positivas” o de “interés público”, que apuntan derechamente a optimizar la efectividad y la eficiencia tanto de la actuación administrativa como de los efectos de dicha actuación en la sociedad.

43. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo general, es importante notar que las metodologías negativas y positivas de la “buena administración” implican un cambio de foco: la atención se ha movido desde la teoría del acto administrativo, a la del procedimiento administrativo.

44. La razón se debe precisamente al punto central de este trabajo y que cabe recalcar aquí: se considera que el procedimiento administrativo es el instrumento capaz de domesticar el poder discrecional sin menoscabar la autoridad propia de los órganos democráticos de gobierno. Esta fuerza

⁴² Pantoja, n. 23, p. 19.

⁴³ Vid. el trabajo clásico de Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos & Governance. Using Public Choice to Improve Public Law* (Yale University Press, New Haven 1997), y el más nuevo e igualmente interesante de Steven P. Croley, *Regulation and Public Interests. The Possibility of Good Regulatory Government* (Princeton University Press, Princeton 2008).

jurificadora se despliega no *ex post*, como en el control judicial, sino *ex ante*, durante el proceso de formación de la voluntad administrativa⁴⁴. En palabras de Ponce Solé:

El procedimiento administrativo se configura así, como uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas⁴⁵.

45. Este cambio implica, ciertamente, nuevas exigencias para el procedimiento administrativo. Partiendo por lo básico, como explica Sánchez Morón, el procedimiento debe dejar de mirarse como una formalidad ritual propia de la legalidad y de la garantía formal de los administrados – funciones por cierto de suma importancia –, para considerársele más bien “una garantía del acierto (mejor, de las posibilidades de acierto) de la Administración y de su sometimiento a los fines que debe servir”⁴⁶.

46. Más en concreto, en el Estado administrativo regulador, uno de los desafíos de mayor relevancia en términos de “buena administración” es el sometimiento de la dictación de reglamentos, regulaciones y toda clase de órdenes generales, al procedimiento administrativo. Este desafío se deriva del hecho que, paradójicamente, la actividad de generación de normas – consustancial a esta forma de Estado administrativo que se caracteriza por “dirigir” más que “remar” (*steer not row*) –, sigue estando en muchas partes, incluyendo Chile, al margen de la fuerza domesticadora del procedimiento, lo que constituye una situación inaceptable desde la perspectiva de la juridificación del poder.

47. En este punto, la teoría de la luz verde postula no sólo el sometimiento de los reglamentos y normas generales al procedimiento administrativo, sino,

⁴⁴ Vid. Luis Cordero Vega, *El Procedimiento Administrativo* (LexisNexis, Santiago 2003), pp. 21-22 (“[E]l cometido principal del procedimiento administrativo [según el mismo se regula en la Ley 19.880] es que sea un instrumento tendiente a potenciar una buena gestión de los asuntos administrativos”), y Santiago Montt Oyarzún, “El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso”, 65 *Revista de Derecho Público* 118, 130 (2003) (“Si el procedimiento es el camino o *iter* al acto, resulta imposible desconocer la evidente relación que existe entre dicha ruta y la capacidad del órgano para generar decisiones acertadas”).

⁴⁵ Ponce Solé, n. 29, p. 127.

⁴⁶ Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Editorial Tecnos, Madrid 1994), p. 143.

más precisamente, que al menos dos “artefectos normativos” sean introducidos en dicho procedimiento. El primero es lo que los americanos denominan el “*notice-and-comment*”, esto es, la notificación de la regulación propuesta a los interesados y la participación de los mismos mediante la formulación de comentarios que deben ser tomados en serio por la autoridad. Dicho requisito es exigido por los principios fundamentales de transparencia, probidad, publicidad y participación, entre otros.

48. El segundo, tan importante como en anterior, es el establecimiento de un sistema de análisis de calidad regulatoria o RIA (del inglés, *regulatory impact assessment*), obligatorio en algunos países para toda alteración normativa del *status quo* (en Chile, hemos empezado a dar los primeros pasos a raíz del recientemente promulgado Estatuto PYME⁴⁷). RIA constituye un “artefacto normativo” que demanda a las distintas entidades y organismos del Estado explicar y justificar su actuación regulatoria, durante el procedimiento administrativo, conforme a diversas formas e instrumentos de control de calidad.

49. En su versión más sofisticada y completa, los organismos deben conducir un exhaustivo análisis de costo-beneficio, conforme al cual debe quedar demostrado que el curso de acción escogido es el más efectivo y eficiente entre todas las alternativas posibles. Cabe notar que, el uso extensivo de esta técnica en el hemisferio norte ha llevado a algunos, como Sunstein, ha

⁴⁷ Vid. Artículo 5° de la Ley 20.416, *Ley para las Empresas de Menor Tamaño*:

Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General. Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285. Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración.

Las normas jurídicas generales indicadas en el inciso anterior serán informadas al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previamente a su dictación o modificación. Dicho Ministerio deberá publicar en su página web todas las normas vigentes sobre empresas de menor tamaño, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad propias de cada órgano de la Administración del Estado.

Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.

afirmar que habríamos entrado a una nueva fase histórica del Estado administrativo: el “Estado del costo-beneficio”⁴⁸.

50. RIA constituye la quintaesencia del Derecho Administrativo de la luz verde. Muestra, en primer término, como el enfoque no está centrado en los principios clásicos de legalidad, control jurídico y responsabilidad, sino en una forma de gestión administrativa participativa y eficiente que habitualmente está expresamente exceptuada del control judicial (incluyendo el caso Chile⁴⁹). Como explica Sunstein en relación al caso de USA:

Notablemente, los Presidentes Reagan, Bush y Clinton decidieron aislar al análisis costo-beneficio del poder judicial; esto sobre la teoría que la revisión judicial produce demora, confusión y error, y especialmente conforme a la idea que los jueces carecen de representatividad (*accountability*) democrática y capacidad técnica para determinar los hechos (*fact-finding competence*)⁵⁰.

51. Pero más importante, RIA representa un esfuerzo sistemático y sostenido por racionalizar, y por ello, juridificar, la discrecionalidad administrativa conforme a una lógica *responsiva*. La siguiente explicación dada por la OECD constituye una excelente síntesis de las expectativas que se hayan cifradas en RIA a este respecto:

Los reguladores juegan un rol vital en el diseño de las políticas públicas, pero sin buenos mecanismos de gobernanza tales como el uso de RIA, los reguladores no tienen las herramientas ni los incentivos necesarios para examinar si es que existen alternativas distintas a la regulación que puedan constituir un medio más eficiente de obtener el objetivo de política pública buscado... Un buen sistema RIA puede ayudar a promover la coherencia en las políticas públicas por la vía de hacer transparentes los *tradeoffs* inherentes en toda propuesta regulatoria, identificar quien se beneficia de la distribución de impactos que se derivan de la regulación y cómo la reducción de riesgo en una cierta área puede aumentar los riesgos en otra área de política de gobierno. RIA mejora el uso de evidencia en el diseño de las políticas públicas y reduce los casos de falla regulatoria derivada de regular cuando no se debe regular o de no regular cuando hay una clara necesidad de hacerlo⁵¹.

52. En definitiva, el nuevo paradigma del Derecho Administrativo de la luz verde es expresión de la misma vocación juridificadora que caracteriza al Derecho público clásico. Eso sí, su foco está en la Administración y la función

⁴⁸ Vid. Cass R. Sunstein, *The Cost-Benefit State. The Future of Regulatory Protection* (ABA, Chicago 2002).

⁴⁹ Vid. Artículo 5° inc. 3° del Estatuto PYME, citado en la n. 47.

⁵⁰ Cass R. Sunstein, “Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State”, 48 *Stanford Law Review* 247, 287 (1996).

⁵¹ OECD, *Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence* (OECD, 2009), p. 14.

pública en cuanto tales. Los valores que la animan vienen dados por los principios de servicialidad, efectividad, eficacia, transparencia, probidad, publicidad y participación. El razonamiento dominante es uno de naturaleza consecuencialista, que busca maximizar el bienestar social en cumplimiento de la misión servicial de la Administración. La teoría de la luz verde no olvida que esta maximización viene impuesta por el artículo 1° de la Constitución:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional *su mayor realización* espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. (énfasis agregado).

IV. Tensión y reconciliación entre la luz roja y luz verde: el ejemplo del Derecho Administrativo Sancionador⁵²

53. La comparación de las aproximaciones de las teorías de la luz roja y verde al Derecho Administrativo Sancionador constituyen un ejercicio de gran utilidad a efectos de explicar los conceptos generales que se han detallado en este trabajo.

54. La concepción de la luz roja es conocida entre nosotros. Se trata de un transplante del Derecho Penal al ámbito de las sanciones administrativas. En esta línea, la jurisprudencia constitucional y administrativa chilena ha establecido con claridad que tanto el castigo criminal como la sanción-administrativa son ambos “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”⁵³, exigiendo con ello un resguardo intensificado de los intereses privados.

55. Aunque la formulación es un tanto meta-jurídica⁵⁴, la jurisprudencia nacional no ha vacilado en calificar la sanción administrativa como una forma de represión estatal sujeta a cumplir —en principio y con matizaciones— con las consideraciones y requisitos de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrollados y madurados en el ámbito del Derecho Penal,

⁵² Agradezco al profesor Luis Cordero Vega, por autorizarme a agregar aquí ideas y textos que hemos desarrollado conjuntamente en forma previa.

⁵³ STC, Rol 244, C. 9°. *Vid. también*, STC, Rol 480, C. 5°; CGR, D. 14.571 de 2005, D. 31.239 de 2005, D. 34.407 de 2008, D. 49.968 de 2008.

⁵⁴ *Vid.* Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª ed., Tecnos, Madrid 1994), p. 88 (quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”).

especialmente los de legalidad, debido proceso y culpabilidad. Tal como lo indica nuestro Tribunal Constitucional:

[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado⁵⁵.

56. En términos similares se pronuncia la Contraloría General de la República (CGR):

[L]a potestad sancionadora de la Administración... es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, de manera tal que al tener ambas el mismo origen, deben respetar en su ejercicio los mismos principios generales del derecho sancionador que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes⁵⁶.

57. Por su parte, sin negar la dimensión de garantía propia de la luz roja, la sanción administrativa es vista por el Derecho Administrativo de la luz verde desde una perspectiva consecuencialista y de prevención general. Conforme a esta concepción, el Derecho Administrativo Sancionador constituye una dimensión esencial del proceso de ejecución y aplicación de la ley, particularmente de su cumplimiento efectivo en la realidad⁵⁷. El Derecho Administrativo Sancionador se analiza, entonces, desde una perspectiva más amplia que considera el panorama completo del cumplimiento efectivo de la ley (esto es, del *enforcement* o *compliance* de las normas)⁵⁸.

58. Las leyes y reglamentos –en tanto materialización de políticas públicas diseñadas por las autoridades políticas– tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los

⁵⁵ STC, Rol 244, C. 9º.

⁵⁶ CGR, D. 31.239 de 2005. *Vid. también*, CGR, D. 14.571 de 2005, que señala que “una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora”.

⁵⁷ Nos referimos específicamente a lo que en inglés se denomina *compliance* o *enforcement* de las normas.

⁵⁸ Como señala Nieto, n. 54, p. 96, “la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión”. *Vid.* STC Rol 287, C. 7º, que señala que una sanción aplicada por la Administración es legítima al permitir asegurar el funcionamiento de un servicio público.

estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas⁵⁹. Aunque resulte obvio señalarlo, las leyes y reglamentos se dictan para ser aplicados. Esta pretensión de transformación y encauzamiento – que ya es de por sí de difícil satisfacción⁶⁰ – se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer sanciones directas a los ciudadanos (esto es, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia)⁶¹.

59. De modo que, si la aplicación de las leyes y reglamentos depende vitalmente de las sanciones administrativas, entonces la conexión entre Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho queda establecida. Dicho en negativo, un Estado en el que las normas sistemáticamente terminan por no aplicarse no puede ser considerado un Estado de Derecho. Entre otros motivos, los derechos fundamentales propios de un Estado de Derecho exigen ciertos niveles efectivos de garantía de parte del Estado, ya sea que éste actúe como prestador directo o como regulador de prestaciones realizadas por privados.

60. No debe sorprender entonces que, en nuestro ordenamiento, el artículo 5 de la LOCBGAE exija a los órganos administrativos el “debido *cumplimiento* de la función pública” (énfasis agregado), y que el artículo 12 del mismo cuerpo legal demande de las altas autoridades “velar permanentemente por el *cumplimiento* de aquéllos [planes y normas] y la *aplicación* de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones” (énfasis agregado).

⁵⁹ Como afirma Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart, Oxford 2004) p. 3, “[i]t is through the enforcement process that a set of legal standards designed to influence human and institutional behaviour is translated into social reality”.

⁶⁰ *Vid.* Robert Kagan, “Editor’s Introduction: Understanding Regulatory Enforcement”, 11 *Law & Policy* 89, 89 (1989) (“Transforming those laws [which seek to bolster existing system for preventing pollution, negligence, discrimination, and fraud] into effective and sensible social controls, however, is a difficult task”).

⁶¹ Según José Luis Villar Ezcurra, *Derecho administrativo especial* (Civitas, Madrid 1999) p. 87, “si tal facultad [de imponer sanciones administrativas] no existiese no podría garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones o prohibiciones”. Igualmente, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (4^a ed., Tecnos, Madrid 2005) p. 95, afirma que “quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable de la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante. Este es un sentimiento firmemente asentado en la conciencia jurídica y que la experiencia abona puesto que sin sanción la orden se convierte en letra muerta”. (énfasis en el original). Entre nosotros, *vid.* Cristián Román Cordero, “Derecho administrativo sancionador: ‘¿Ser o no ser? He ahí el dilema’”, en Rolando Pantoja Bauzá (ed), *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra* (Editorial Jurídica, Santiago 2008) 107, 119.

61. Ahora bien, bajo una perspectiva de la luz verde, la responsabilidad de los entes administrativos de hacer cumplir la ley no se limita al ejercicio de potestades sancionatorias⁶². Los reguladores deben proceder conforme a estrategias complejas, que incluyan, además de la sanción, el uso de la persuasión, la negociación y lo que Black denomina “conversación regulatoria”⁶³. La utilización exclusiva de la sanción es frecuentemente contraproducente. Según explica Black, la aproximación autoritaria tipo *bullying* consistente en sancionar cualquier incumplimiento, “puede estimular la oposición a la regulación por parte de los regulados, dando lugar a no-cooperación en las investigaciones y en el proceso de *compliance*”⁶⁴.

62. Pero incluso en el contexto de este catálogo amplio de técnicas de ejecución de la ley, el uso de la sanción administrativa sigue siendo crucial. Como explican Ayres y Braithwaite en su clásico libro *Responsive Regulation*, la pregunta fundamental de “cuándo castigar, cuándo persuadir” debe responderse mediante un esquema que combine apropiadamente los sistemas sancionatorios y de persuasión⁶⁵. Según los autores, la clave de una regulación exitosa radica en “establecer sinergias entre el castigo y la persuasión”⁶⁶. A este respecto, conforme a las teorías de las “pistolas benignas” (*benign guns*), los entes administrativos usualmente estarán mejor capacitados para asegurar el cumplimiento persuasivo de las normas cuando cuenten con facultades para aplicar sanciones administrativas:

Nuestro argumento es que las agencias regulatorias están normamente mejor posicionadas para asegurar el cumplimiento de las normas cuando ellas son “pistolas grandes y benignas”. Esto es, los reguladores podrán habitualmente hablar con suavidad cuando tengan a su disposición la posibilidad de pegar “palos fuertes” (y, crucialmente, una jerarquía de sanciones menores).

⁶² *Vid.* Yeung, n. 59, p. 12 (“Although the general public may tend to think of enforcement predominantly in terms of the formal process of prosecution and the imposition of punitive sanctions for violation, in practice the bulk of enforcement activity, in both regulatory and criminal contexts, is largely informal in nature, typically hidden from public view”).

⁶³ Julia Black, “Talking about Regulation”, 1998 *Public Law* 77 (1998).

⁶⁴ Ayres y Braithwaite, n. 34, pp. 88-89 (“[T]he more ‘bullying’ approach of sanctioning every breach can stimulate opposition to the regulation by the regulated, prompting non-co-operation in investigations and the compliance process”). Como agrega Black, *id.*, 88, “[t]he enforcement process is often as much about promoting a willingness to comply as it is about ensuring exact compliance with a particular rule”.

⁶⁵ *Id.*, p. 21.

⁶⁶ *Id.*, p. 25.

Paradójicamente, mientras más grandes y variados son estos “palos”, más grande será el éxito que tendrán los reguladores hablando suavemente⁶⁷.

63. Nótese que en la tradición española, Alejandro Nieto también ha advertido, en esta misma línea, la importancia de que la Administración cuente a su haber con potestades sancionatorias. Conforme señala el refrán popular que cita el mismo autor, “el miedo guarda la viña”⁶⁸.

64. Es posible concluir notando que, si bien en ciertos momentos puedan generarse tensiones entre las dos concepciones, la teoría de la luz verde no se encuentra en radical oposición a la luz roja ni mucho menos. Si bien desde un punto de vista de política pública, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por objeto asegurar que la Autoridad pueda modificar efectivamente la realidad de acuerdo a los objetivos establecidos en la ley, la legitimidad del ejercicio del Derecho administrativo sancionador se evalúa conforme al respeto de los derechos de los ciudadanos. En palabras de Nieto, la realidad “sólo puede modificarse a través de una política (represiva) inteligente y no con sanciones bárbaras arbitrariamente impuestas”⁶⁹. En definitiva, la eficiencia y eficacia que demanda de la gestión pública encuentran límites naturales en los principios de justicia y en los derechos de los gobernados⁷⁰.

65. Con ello, el Derecho Administrativo de la luz verde no pretende revivir el sistema “pre-beccariano” en el que la Administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos⁷¹. El énfasis vuelve una vez más al procedimiento

⁶⁷ *Id.*, p. 19.

⁶⁸ La cita completa de Nieto, n. 61, p. 30, es la siguiente: “[E]l objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto. Como dice el refrán popular, ‘el miedo guarda la viña’” (énfasis en el original). En el mismo sentido, Román, n. 61, 116.

⁶⁹ Nieto, n. 61, p. 33 (énfasis en el original).

⁷⁰ *Vid.* James O. Freedman, *Crisis y Legitimidad: El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos* (Fondo de Cultura Económica, México 1988) p. 320 (“La legitimidad del proceso administrativo... se debe poner a prueba pragmáticamente, por la sensibilidad de las instituciones administrativas hacia los principios más fundamentales de una sociedad democrática y por el grado en que las instituciones administrativas satisfacen las más altas aspiraciones de la nación en materia de justicia y gobierno eficiente”).

⁷¹ *Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Civitas, Madrid 1997), Vol. II, p. 157, quienes sostenían que “frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho

administrativo, en donde confluyen aquí ambas concepciones del Derecho Administrativo: no sólo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de las sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías, especialmente los derechos de defensa y otros derechos formales caracterizados por su elevado nivel garantista⁷².

represivo primario y arcaico... Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionador es un derecho represivo pre-beccariano”.

⁷² Vid. Lucía Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo y los derechos fundamentales* (Thomson Civitas, Madrid 2007) p. 29.