

El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas

*Raúl Letelier Wartenberg**

RESUMEN

El texto defiende un estándar probatorio general de “prueba preponderante” para la determinación de los hechos en materia de sanciones administrativas. Para ello analiza la distribución de riesgos de error que ofrece este y otro estándar y defiende una específica distribución de ellos, coherente con los fines del derecho administrativo.

Sanciones administrativas – estándar de prueba – riesgos de error

The price of statu quo. The standard of proof in administrative sanctions

ABSTRACT

This paper defends the application of the standard “preponderance of the evidence” to the determination of facts on the field of administrative sanctions. For this purpose, it analyzes the distribution of the risks of error offered by two types of standard and defends a specific distribution of them according with the aims of administrative law.

Administrative sanctions – standard of proof – error risks

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. Correo electrónico: letelier@derecho.uchile.cl.

Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Administrativo, realizado en la Universidad Carlos III de Madrid, y en el Seminario de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco a los asistentes a esas instancias por sus interesantes aportaciones para mejorar el texto. Los profesores Juan Antonio García Amado y Luis Cordero Vega han sido agudos comentaristas de estas líneas. A ellos mi especial gratitud.

El presente texto se enmarca en el proyecto Fondecyt Nº 1161037 titulado “Análisis económico del Derecho Administrativo”.

Artículo recibido el 9.8.2016 y aceptado para su publicación en este número el 5.1.2018.

*The art of procedure is in reality nothing but the art
of administering evidence.*

J. Bentham (1825)

I. INTRODUCCIÓN

Las sanciones administrativas gestionan el incumplimiento de determinadas normas jurídicas. Son, si se quiere, una de entre varias formas de hacer efectivas—de conceder *enforcement* a— las reglas de conducta expresadas en disposiciones jurídicas¹.

Y son una forma de gestión porque, como todas las demás fórmulas, ellas pretenden resolver de una manera específica el gran dilema de la operatividad de las reglas jurídicas: para que opere la sanción es necesario un diseño institucional que regule la reconstrucción de los hechos pasados, sobre la cual se constituirá la infracción. Cuánto se aplique coactivamente la regla de conducta, por tanto, depende de cómo se encuentre diseñado ese proceso de reconstrucción de la infracción. Así, si un órgano administrativo decide sancionar sin necesidad de prueba estará desde luego sancionando a muchos culpables pero también a tantos otros inocentes. En este último caso, el diseño institucional estará “defraudando” la norma de conducta o tornándola inaplicable (en tanto límite a la sanción). Sin embargo, a la inversa, si la imposición de una sanción es de tal complejidad probatoria que es de suponer que muchos culpables no serán sancionados, en esta última parte también defraudará la regla jurídica en tanto no se aplicará la sanción a supuestos de hecho contemplados por ella. En otras palabras, la norma sería ineficaz porque no se cumpliría con la finalidad de sancionar la infracción en cuestión. El diseño institucional y procedimental es, así, una forma de gestionar la aplicación coactiva y la defraudación de la norma de conducta (del comportamiento positivo—actuar en determinado sentido— o negativo—abstenerse de actuar— esperado por la regla).

El análisis de la forma en que se expresan estos diseños regulativos suele dirigirse a las reglas o garantías aplicables al proceso de reconstrucción de la infracción, como son los diversos estándares probatorios o las reglas de carga de la prueba. Estas reglas, sin embargo, no son en sí mismas decisiones terminales que expliquen o justifiquen la opción por un determinado diseño institucional o procedimental. Ellas reflejan una toma de posición acerca del valor que se le asigna, en diversos contextos, a un específico *statu quo*, es decir, a la situación fáctica conflictiva antes de ser institucionalmente problematizada. El diseño regulativo, o lo que es lo mismo, la medida concreta de aplicación coactiva o defraudación de la regla jurídica de conducta deriva, creo, de una precisa y previa valoración de ese *statu quo*. El presente texto pretende justificar esta aseveración.

¹ Otras formas de *enforcement* son analizadas y comparadas en Ogus, A., “Enforcing regulation: do we need the criminal law?” en Sjögren, H. & Skogh, G. (eds.), *New Perspectives on Economic Crime*, Elgar, Northampton, p. 44.

II. LA RECONSTRUCCIÓN PROCESAL DE LA INFRACCIÓN

Todo incumplimiento es un evento pasado con referencia al momento en que se realiza el juicio de desaprobación sancionatorio. Siempre, entonces, es necesaria la reconstrucción de los hechos que constituyen la infracción para que de ello pueda seguirse un proceso de imputación institucional de la correspondiente infracción. La reconstrucción es, así, un proceso de comprobación. Mediante diversas formas hacemos plausible una historia que narra cómo los hechos –que acreditan o desacreditan la infracción– efectivamente ocurrieron.

Si lo que busca esa reconstrucción es o no la verdad es una cuestión de cierta forma superada o de importancia modesta. Pese a lo seductor de los argumentos del escepticismo epistemológico radical que muestra un razonable, claro y constatable grado de caos en todos los procesos humanos de reconstrucción de hechos pasados², todo parece indicar que los acuerdos intersubjetivos existentes en las sociedades actuales son bastante fuertes en cuanto a que la búsqueda de la verdad es un ideal regulativo presente en toda reglamentación probatoria³.

Sin embargo, también es cierto que en términos reconstructivos el grado de aproximación a la verdad es siempre *dependiente* del procedimiento generado para esa reconstrucción. No es lo mismo invertir un año en adoptar una decisión de reconstrucción fáctica que hacerlo en pocas horas. Suponiendo que la reflexión es siempre productiva –cosa que en algunos contextos racionales no es del todo cierta– es muy probable que la primera reconstrucción esté más cerca de la verdad que la segunda. Esto, no obstante, es únicamente una suposición, pues solo es posible valorar una reconstrucción –en términos de ajuste o desajuste con la verdad– al compararla con otro procedimiento de reconstrucción. Esta última constatación es una manera de demostrar que el grado de aproximación a la verdad es una variable dependiente del tipo de procedimiento.

1. *La minimización de riesgos epistémicos de error*

Que la verdad sea un ideal regulativo implica que podemos concebir y medir la cercanía o lejanía que el producto de un determinado procedimiento tiene con ese parámetro. Cómo medimos esa cercanía es una cuestión compleja. Muchas veces esa medición se logra argumentativamente mediante intuiciones generalmente aceptadas. Otras veces ello se realiza contrastando los resultados con métodos reconstructivos más o menos exigentes.

Aquella “distancia” con el ideal regulativo ha sido intelectualizada en la doctrina procesal moderna bajo la necesidad de disminuir o minimizar los riesgos de error. Determinadas acciones o procedimientos disminuyen el surgimiento de errores en la

² Por todos, Rorty, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1979, pp. 17 y sgtes.

³ Vid. Taruffo, M., *La semplice verità*, Laterza, Bari, 2009, pp. 74 y sgtes.

reconstrucción epistémica de hechos de tal forma que la decisión de afirmación o rechazo de esos hechos sea más cercana a la verdad. Mientras más se disminuyan los riesgos de error, más cercano a la verdad se estará⁴. Fíjese el lector que un análisis de este tipo solo funciona a nivel agregado, pues la concreción o acaecimiento de la pequeña probabilidad de error en un caso concreto es un error total respecto de ese caso, que aleja completamente a la decisión de la verdad. La lógica que exponemos, así, solo funciona cuando miramos todos los casos concretos, observando cómo determinadas acciones o procedimientos disminuyen a nivel general la posibilidad (o probabilidad) de error. La aproximación a la verdad es, entonces, a nivel sistémico o agregado.

Y el error, tal como lo ha definido Laudan, ocurre cuando se dan por acreditados hechos que no ocurrieron o cuando no se entienden acreditados hechos cuando en realidad acaecieron. Para simplificar los efectos de estas declaraciones, se suele ligar la acreditación positiva o negativa al efecto condenatorio o absolutorio de la decisión final, de manera de entender que el error en la reconstrucción tiene el efecto de dar por probados los hechos que condenan al inocente o por no acreditados los hechos que absuelven al culpable⁵.

Hasta la fecha las mejores aproximaciones a los riesgos de error se han localizado en las condiciones epistémicas de aquel que realiza la reconstrucción. Determinadas acciones o procedimientos asegurarían que aquel que reconstruye los hechos pueda hacerlo de mejor forma, aproximándose, así, en mayor grado a la verdad, minimizando, con ello, aquellos riesgos de error. La oposición entre un sistema benthamiano que defiende la libre recepción y valoración probatoria como el óptimo para la reconstrucción de hechos⁶ y un sistema regulado donde las condiciones epistémicas son disciplinadas es el principal punto de desacuerdo en esta materia. Mientras que para algunos solo la libre apreciación probatoria concede mayor calidad epistémica, para otros la presencia de sesgos de la racionalidad o el desarrollo de específicos incentivos obliga a “regular” ese proceso epistémico para que solo así se pueda aspirar a la verdad⁷. Idéntica discusión se ha llevado a cabo a propósito de la presentación de la prueba en procesos adversariales versus no adversariales. Para algunos, la primera forma garantiza una mejor reconstrucción de la verdad, mientras para otros es justamente a la inversa⁸.

⁴ De ahí que las propuestas de ajuste de un hecho probado a la verdad se expresen en términos probabilísticos. El juez, luego de evaluar la prueba aportada, podrá asignarle un grado de probabilidad al acaecimiento real de ese hecho. En este sentido, aunque con cierto ánimo crítico, vid. Pardo, M. S. “The Nature and Purpose of Evidence Theory”, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, 2013, pp. 574 y sgtes.

⁵ Por todos, Laudan, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 10 y sgtes.

⁶ “Evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice”. Bentham, J., *Rationale of judicial evidence*, Hunt and Clarke, London, 1827, p. 1.

⁷ Así, la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida pretende disuadir a las partes o al Estado a conseguir prueba a toda costa o a fabricarse una prueba que luego esconda procesalmente la baja calidad reconstructiva que esta posea. Vid. Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 41 y sgtes.

⁸ Damaska, M., “Presentation of evidence and factfinding precision”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, pp. 1083-1106, 1975, pp. 1083 y sgtes.

Además, las decisiones acerca de estos procedimientos permiten, según cada argumentación, disminuir los riesgos de error. Y el error, como se puede ver de los ejemplos propuestos, se presenta en la adopción de decisiones de afirmación o negación de hechos basados en procedimientos que, en tanto generadores de defectos cognitivos, causan una decisión que no se corresponde con los hechos tal como sucedieron.

2. *La distribución de los riesgos de error*

Si asumimos la presencia de riesgos de error en toda decisión reconstructiva de hechos pasados y tomamos conciencia de la imposibilidad de eliminar todos estos defectos a cualquier costo, resulta evidente observar que esos errores producen consecuencias en una de las pretensiones en contradicción procesal. Ello sucede cuando se yerra, o se da por probado un hecho inexistente o se rechaza uno que efectivamente acaeció. El sistema jurídico –adopte la decisión que adopte– contiene siempre una toma de posición acerca de la forma de asignar el lugar en esa específica contradicción procesal donde se localizará la probabilidad de error. Desde esta perspectiva, lo que el sistema realiza es simplemente distribuir los riesgos de error.

La referida tarea distributiva o localizadora es central en la reconstrucción de la infracción, pues con ella se determina el procedimiento dispuesto para aproximarse a la verdad en términos agregados o sistémicos. Sin embargo, su característica más importante es que define el tipo de interés que se debe privilegiar cuando se decide en condiciones de incertidumbre. Es, como ha dicho algún autor, el reflejo de una “concepción racionalista” de la prueba que desmitifica fuertemente la prueba como un acto único (concepción psicologista o persuasiva del juicio de hecho) y comprensible de una sola vez por sus fines, girándose hacia una comprensión de la prueba como síntesis entre distintos tipos de intereses que confluyen, se contraponen y se resuelven en las reglas probatorias, prefiriéndose que el riesgo de error de la reconstrucción fáctica se localice en uno o en otro de aquellos intereses⁹.

Estándares de prueba, presunción de inocencia, beneficio de la duda y carga de la prueba son reglas que no se dirigen directamente a reducir los riesgos de error en los juicios (aunque pueden tener consecuencias epistemológicas respecto de aquellos), sino que distribuyen esos riesgos entre las partes¹⁰.

Un estándar probatorio puede ser muy exigente, es decir, puede imponer que se requiera un mayor grado de corroboración de la hipótesis fáctica para entender que los hechos a que esa prueba se refiere deban considerarse como efectivamente reconstruidos procesalmente –se den por probados–, y de esa forma justifiquen la imputación institucional de la consecuencia jurídica prevista por el sistema jurídico. Un estándar puede ser, por el contrario, más laxo cuando requiere una prueba meramente convincente para acreditar

⁹ Vid. Bayon, J. C., “Epistemología. moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Analisi e diritto*, pp. 15-34, 2008, pp. 15 y sgtes.

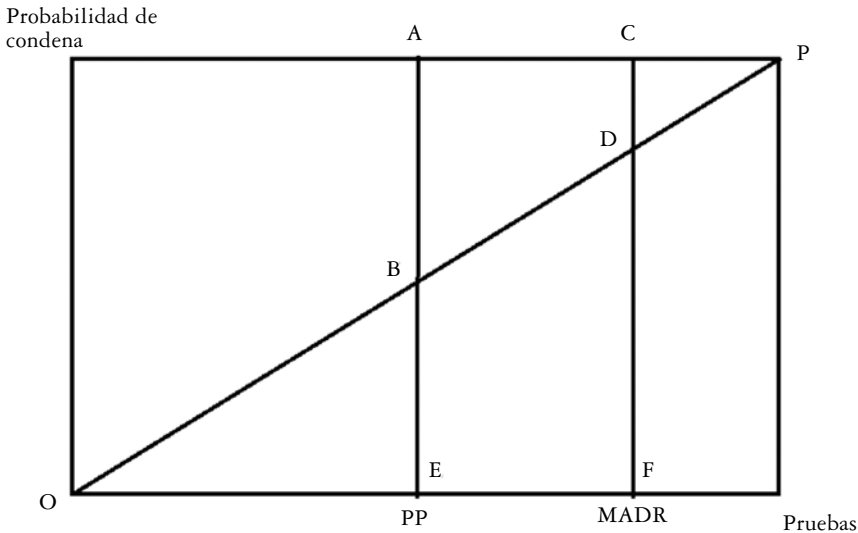
¹⁰ Laudan, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 29.

esos hechos. En este sentido, diversos son los estándares que rigen para distintos sectores: “El estándar de prueba típico en los asuntos civiles es el de la ‘prueba preponderante (PP)’ (*preponderance of the evidence*) o también llamado ‘balance de las probabilidades’. En asuntos penales, por su parte, el ministerio fiscal debe satisfacer el estándar ‘más allá de toda duda razonable (MADR)’ para tener éxito. En otros casos no penales, el estándar de prueba se considera que es el de una prueba ‘clara y convincente’”¹¹.

No obstante, así como exponíamos al comienzo de estas líneas, la regulación jurídica del proceso de reconstrucción fáctica (donde la fijación del estándar probatorio es parte importante de esa regulación) es una forma de gestionar la operatividad de las reglas jurídicas, en tanto define una medida de lo que se gana y lo que se pierde con cada estándar probatorio (o en la terminología antes utilizada, cuánta defraudación en la coactividad de la regla se acepta). La pérdida es el error (probabilísticamente expuesto como un riesgo), y el estándar probatorio muestra la medida en que ese error es tolerado y distribuido entre las partes en conflicto.

Una exposición gráfica de estos riesgos de error puede verse en la Figura 1 siguiente:

Figura 1
Relación entre probabilidad de condena y cantidad de prueba exigida.



Fuente: Hylton & Khanna (2009).

¹¹ Anderson, T., Schum, D. & Twining, W., *Analysis of Evidence*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 385-386.

Como sostienen Hylton & Khanna¹², la línea OP que muestra la Fig. 1 da cuenta de una función explicativa entre la “probabilidad de ser condenado” y la “cantidad de pruebas”¹³ necesarias contra el culpable¹⁴. La función muestra la forma de interacción de dos estándares probatorios. En el estándar PP, si la cantidad de prueba presentada se mueve bajo el punto B a lo largo de la línea OP no se considerarán acreditados los hechos constitutivos de la infracción. Si en cambio la prueba que acredita la infracción esta sobre el punto B, ella alcanzará a acreditar los hechos. En el estándar MADR, lo mismo sucede bajo y sobre el punto D.

El margen de error para el estándar PP puede verse en el área del triángulo formado por los puntos OBE (para los falsos negativos, esto es, declarar erróneamente que no se ha acreditado/no ha ocurrido la infracción) y PBA (para falsos positivos, esto es, declarar erróneamente que la infracción está acreditada/ocurrió). El mismo ejercicio puede repetirse para el estándar MADR, empleado en materia penal, donde el área bajo la intersección de DFO representa la extensa zona de los márgenes de falsos negativos, mientras que PDC da cuenta de los escasos falsos positivos.

La elección de uno u otro estándar es, entonces, una decisión acerca de la tolerancia de falsos positivos y falsos negativos, o, lo que es lo mismo, respecto del lugar donde se localizarán las específicas probabilidades de riesgo de error.

Pero, entonces, ¿de qué dependerá que se quiera distribuir el riesgo del error de una u otra manera?

La respuesta a esta pregunta gira en torno al *costo social* que tiene una u otra opción, es decir, en la eficiencia general que provee cada una de las decisiones: “Si los costos sociales de los falsos positivos y falsos negativos son iguales –sostiene Hylton & Khanna– la sociedad preferirá el estándar PP por sobre el estándar MADR”. Sin embargo, “si los costos sociales de los falsos positivos y de los falsos negativos no son iguales, el examen de las probabilidades totales de error no será suficiente como para determinar si la regla de más allá de toda duda razonable es preferible a la de simple preponderancia”¹⁵.

Desde esa última opción, la decisión de distribución de riesgos reflejará cierta sensibilidad a localizar aquellos riesgos del error en una u otra parte. Una respuesta que siga esta matriz partiría de la base de que no es indiferente que los riesgos de error se asignen a una persona o a la otra –cosa que a nivel agregado poco podría importar– sino

¹² Hylton, K. N. & Khanna, V. S., “Political economy of criminal procedure”, en Garoupa, N. (ed.) *Criminal Law and Economics*, Elgar, Cheltenham, 2009, p. 180.

¹³ La expresión “cantidad de prueba” es algo errática, pues parece contener un enfoque meramente cuantitativo. Con ella, sin embargo, se trata de mostrar, simplícidamente, el grado de corroboración (o cuanta prueba se requiere) de la hipótesis de hecho alegada.

¹⁴ Esto, naturalmente, con la prevención de que –tal como sostiene Kaplan– “absolute certainty about past events is no more realizable than absolute certainty about the future. The more evidence there is about a past event (providing it all points in the same direction), the more the probabilities approach certainty. But they can never actually reach certainty in any real-life situation”. Kaplan, J., “Decision Theory and the Factfinding Process”, en *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, p. 1071.

¹⁵ Hylton, K. N. & Khanna, V. S., “Political economy of criminal procedure”, en Garoupa, N. (ed.) *Criminal Law and Economics*, Elgar, Cheltenham, 2009, p. 180.

que existen consideraciones que justifican que esa asignación se realice de una forma determinada. En este punto, ambas respuestas pueden articularse. Si los costos sociales de los falsos positivos o negativos son diversos, la distribución del riesgo de error requiere de otras consideraciones que nos ayuden a entender el coste y beneficio de distribuir, en una u otra parte, aquel error en la reconstrucción fáctica. A esto nos dedicaremos en las líneas siguientes.

3. *El estándar de prueba en la reconstrucción fáctica de sanciones administrativas*

¿Cuánta y de qué calidad debe ser la prueba que se requiere para que la autoridad institucional —ya sea al interior del procedimiento administrativo sancionatorio o en el proceso judicial de impugnación contencioso-administrativo— dé por reconstruidos los hechos que constituyen la infracción? La respuesta a esta pregunta determinará la fisonomía de la regulación a la que estará sujeto ese proceso de reconstrucción.

La referida decisión debiese estar contenida, idealmente, en la legislación. Sin embargo, sabemos bien que el derecho administrativo chileno es muy poco generoso en regulaciones legislativas, lo que obliga a que deba ser la jurisprudencia la que determine el estándar que mejor se aviene a la funcionalidad administrativa sancionadora. En este sentido, el rol que la jurisprudencia judicial ha tenido y sigue teniendo hoy en el derecho administrativo tanto chileno como de otros países de sistemas de *Civil Law* ha sido un tópicico de extraño análisis por una doctrina que suele mostrarse entre incómoda y perpleja por la constante abulia legislativa a regular los ámbitos más tradicionales de intervención administrativa. Aunque algo crítico al respecto, indica Luis Cordero que el derecho administrativo es “un Derecho no legislado o en donde este solo tiene enunciados generales que permiten la intervención pública y que legitiman determinado tipo de decisiones. La consecuencia de esto es que en Derecho Administrativo las normas más importantes han sido históricamente enunciadas por quien ejerce la función de Juez administrativo. La renuencia para aplicar las reglas del Derecho común y la gran cantidad de lagunas legislativas, algunas conscientes y otras inconscientes, ha llevado a quien ejerce la función de juez administrativo, por vía jurisprudencial, a la determinación y aplicación de principios que han construido el Derecho Administrativo”¹⁶. No obstante ello, la perplejidad ante la constatación de que el desarrollo del derecho administrativo deba hacerse por la vía “jurisprudencial” es bastante antigua y constantemente vuelve a ser actualizada¹⁷. En un escenario de este tipo, un análisis funcional del estándar probatorio aplicable a las sanciones administrativas es una necesidad imperiosa que porta coherencia a la respectiva regulación administrativa.

En este orden de cosas, y en lo que se refiere al procedimiento administrativo sancionador, la actitud del decisor es muy parecida a la de un inquisidor, mientras que en el

¹⁶ Cordero Vega, L. “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del Derecho Administrativo”, en *Derecho y Humanidades*, vol. 20, 2012, p. 391.

¹⁷ Vid. Vedel, G. “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?”, en *Études et Documents du Conseil d'État*, 1980, pp. 31 y sgtes.

ámbito del proceso contencioso-administrativo es reconocible la existencia de un juez que se mueve en una esfera propiamente acusatoria y contradictoria. La pregunta, entonces, se desdobra en dos: ¿cuánta y de qué calidad debe ser la prueba (de que disponga o que aporten las partes) para que la administración pueda “válidamente” sancionar? y ¿cuánta y de qué calidad debe ser la prueba (ahora aportada por las partes, esto es, ciudadano y administración pública) con que los jueces deben contar para dar por acreditados los hechos alegados por ellas?¹⁸.

Si bien en el caso del procedimiento administrativo sancionador no estamos en presencia de un verdadero litigio entre partes (al menos en su acepción tradicional), valen igualmente las interrogantes enunciadas (cuánta y de qué calidad debe ser la prueba), toda vez que la autoridad pública que aplicará la sanción también deberá ocupar un estándar probatorio para tener por acreditados institucionalmente los hechos que constituyen la infracción¹⁹. La regla de fundamentación de las decisiones –con todas las garantías que ella concretiza– obliga necesariamente a disponer de prueba que acredite los hechos en que se funda y a valorar dicho material probatorio de una forma determinada.

Además, ante la falta de respuesta legislativa al respecto y ante la imposibilidad de poder valorar la prueba sin apelación a un estándar probatorio específico es que proponemos aquí un análisis funcional de las sanciones administrativas como forma de arribar al estándar aplicable. Este análisis se centra en el estudio de la función de la sanción administrativa. El mismo análisis debiese realizarse desde la perspectiva de la función del procedimiento administrativo y de la función del proceso contencioso-administrativo, cuestión esta última que no se abordará aquí pues su extensión rebasaría con creces el espacio permitido para este texto. Aun con esta prevención, me parece que el estándar probatorio que dentro de poco propondremos debiese aplicarse tanto para la administración como para el juez. En efecto, si bien todo lo que explicaremos es aplicable principalmente a la valoración administrativa de la prueba, podría pensarse que ello podría colisionar con instituciones clásicas del derecho administrativo como la presunción de legalidad de los actos administrativos o la misma deferencia con que los jueces deben revisar los actos de los demás poderes públicos. En términos simples, dentro de la impugnación contencioso-administrativo podría justificarse una regla de *statu quo* que privilegiase la estabilidad y certeza del acto administrativo imponiéndole al actor la obligación de desplegar un esfuerzo probatorio mayor ante el juez que el que tendría la propia administración en el procedimiento para dar por establecidos los hechos constitutivos de la infracción. Sin embargo, si se mira con detenimiento se percibe que estas colisiones son solo aparentes, pues si en el procedimiento administrativo un estándar probatorio de prueba preponderante es una exigencia de la función de la sanción y de la necesidad de fundamentar, en el proceso, el mismo estándar es una manifestación de la paridad con que el ciudadano, y sus intereses, son vistos en el proceso judicial.

¹⁸ En procedimientos donde la Administración actúa como parte, es decir, solicitando a un tribunal la sanción, la pregunta relevante es necesariamente solo la segunda.

¹⁹ Vid. Barrero, C., *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 69 y sgtes.

Pues bien, el estándar probatorio aplicable en materia de sanciones administrativas (en su versión funcional al procedimiento administrativo y al proceso contencioso-administrativo) ha sido débilmente tratado por jurisprudencia y doctrina. Las argumentaciones pertinentes a las reglas que lo fijan o la lógica o función que lo determinan, en efecto, han estado dominadas por la idea de la asimilación de las sanciones administrativas a las sanciones penales. La afirmación de que ambas sanciones son manifestaciones del mismo *ius puniendi* —a pesar del simplismo lacónico de su formulación²⁰— ha campado con pocas matizaciones en la doctrina y la jurisprudencia comparada. Dicha identidad provocaría una suerte de asimilación regulatoria de ambos tipo de sanciones en materia de garantías o, en subsidio, una aplicación atenuada o matizada de las garantías penales al ámbito de las sanciones administrativas²¹.

²⁰ Críticas a esta identidad pueden verse en Huelgo, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 30 y sgtes. En el mismo sentido Parejo, L. “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 36, 2014, pp. 1 y sgtes.

²¹ La aplicación de este tipo de garantías penales puede ser explicada históricamente utilizando diversas fuentes, pero desde luego la más cercana es el influyente trabajo que E. García de Enterría escribiera en 1976. García de Enterría, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 10, 1976 pp. 399 y sgtes. Este trabajo, a su vez, tiene como antecedente tanto el seminal artículo de Parada (Parada, J. R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 69, pp. 41-94, 1972) como la sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español, decisión que luego sería calificada por la sentencia de 13 de octubre de 1989 (Ar. 8386) como “decisión histórica”, como *leading case* y como “el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado”. Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 126. La tesis de la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas puede encontrarse a nivel doctrinal en diversos trabajos de la doctrina española. Por todos, García de Enterría, E. & Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Civitas, Pamplona, 2014; Suay, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.; Martín-Retortillo, L., “Multas administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 79, pp. 9-65, 1976; Bajo, M., *El Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978; Rebollo, M., Izquierdo, M., Alarcón, L. & Bueno, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010. En el ámbito nacional, este razonamiento se encuentra presente en la sentencia del Tribunal Constitucional rol 244 de 26 de agosto de 1996. En la doctrina nacional defienden esa identidad Alcalde, E. “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa”, en Arancibia, J. & Martínez, J. I. (eds.) *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 795-808; Soto Kloss, E. “Derecho Administrativo Penal - notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1980, pp. 95-103; Cordero, E., *Derecho Administrativo Sancionador*, LegalPublishing, Santiago, 2014; Mendoza, R., “Acera del principio general de intransmisibilidad de las multas y en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas”, en VV.AA. *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005. Otros consideran esa identidad pero la someten a matizaciones más o menos intensas. Vid. Cordero, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 494 y sgtes.; Bermúdez, J. *Derecho Administrativo General*, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 331 y sgtes. Algunos críticos a esta visión son Garrido Falla, F., “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 28, pp. 11-50, 1959; Villar Palasí, J. L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 16, pp. 11-83, 1955; Nieto, A., “Los principios de tipicidad en las infracciones en materia de consumo”, en *Estudios sobre consumo*, vol. 3, pp. 148-160, 1984; Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005; Montoro, M., *La infracción*

Asumida esta idea por la doctrina, el razonamiento que suele ocuparse –aún antes de revisar la legislación concreta– es que no debería aplicarse simplemente el estándar civil de PP ($P > 0,5$), sino que más propiamente el estándar penal²². De ahí que serían contradictorias con esa asunción todas las reglas que o bien dan cuenta de una igualdad en la distribución de riesgos o bien localizan este riesgo en la parte del sancionado. Según esta línea argumentativa, valor probatorio de actas de fiscalización, presunción de legalidad, legalidad matizada, comprensión puramente infraccional del ilícito administrativo, entre otras reglas o principios, serían instituciones que distribuyen los riesgos en beneficio del acto sancionatorio, y por ello, alejadas de/contrarias a/ contradictorias con un estándar probatorio penal. Si ellas están en el derecho, son anomalías que es necesario eliminar o valorar muy negativamente.

Este discurso, no obstante, no hace referencia alguna a –o, directamente, desconoce– las condiciones epistemológicas y de distribución de riesgos de error que cada estándar produce.

En términos de minimización de costos sociales generales, el estándar probatorio más eficiente es, sin lugar a dudas, el de prueba preponderante. Este estándar reduce al máximo la cantidad de falsos positivos y, al mismo tiempo, de falsos negativos. De otra forma dicho, con este estándar falsos positivos y falsos negativos alcanzan en conjunto sus valores mínimos. Con otro estándar uno de ellos podrá ser menor, pero el otro necesariamente será mayor. Por consiguiente, toda decisión que exija una probabilidad diversa a la de prueba preponderante causará un aumento de alguno de aquellos errores por encima de aquel óptimo paretiano (en tanto no es posible estar mejor, en términos de disminución de errores, sin empeorar alguno de los elementos en juego).

El hecho se entenderá probado de acuerdo con esta regla cuando la probabilidad de que haya acaecido es simplemente mayor a que no, de tal forma que si la nueva exigencia probatoria trae consigo un aumento de errores (como irremediablemente lo hará) ello suceda en la menor medida posible, sin que ello importe el aumento de los errores provenientes de entender que el hecho no acaeció. Si cada error, entonces, es entendido como una unidad de desutilidad sin importar dónde se radica, la eficiencia exige que la parte que tiene una probabilidad de utilidad P venza a una probabilidad menor de tal forma que $P\mu > (1-P)\mu$. La razón de esto es más o menos sencilla. Como indica Stein, los

administrativa: características, manifestaciones y sanciones, Náutica, Barcelona, 1965; Huergo, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; Parejo, L. “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 36, pp. 1-25, 2014.

²² Muñoz Machado, S., “La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 11, 1976, pp. 734 y sgtes. En el ámbito nacional, se ha preocupado del estándar probatorio Cordero, E., *Derecho Administrativo Sancionador*, LegalPublishing, Santiago, 2014, pp. 315 y sgtes. Cordero defiende un estándar intermedio, descartando el estándar de prueba preponderante debido a “que las infracciones administrativas y la sanción que tienen asociada no es una cuestión de naturaleza civil” y descartando también el de más allá de toda duda razonable porque “la finalidad de las sanciones administrativas no tendría la misma naturaleza ni la misma vocación que el Derecho Penal”.

“adjudicadores maximizan el número total de decisiones correctas considerando como decisivas las mejores oportunidades para arribar a la decisión fácticamente correcta”²³.

Sin embargo, la eficiencia de este estándar probatorio funciona tan solo cuando falsos positivos y falsos negativos son, o se les valora como, igualmente dañosos –como sucede en los juicios civiles– y no, en cambio, cuando uno de ellos es peor o con un disvalor mayor que el otro, como se da en los juicios penales. La existencia de una pena como la prisión o el nivel alto de estigmatización social que posee la sanción penal hacen que la comunidad disvalore especialmente los falsos positivos. A este punto, nuestra línea argumentativa debe trasladarse necesariamente a la precisa valoración social de los errores en materia sancionatoria administrativa.

III. LA PROTECCIÓN DEL *STATU QUO*

La afirmación, normativa, doctrinal o jurisprudencial, de que en materia de sanciones administrativas debe regir un estándar de prueba penal es, esencialmente, una afirmación acerca de cómo se mira el *statu quo* de esta específica situación fáctica conflictiva antes de que ella sea institucionalmente problematizada. Así, si en un problema de balance entre riesgos de falsos positivos o negativos en la determinación de los hechos que configuran la infracción se asume que ambos tipos de defectos poseen pesos diversos –lo que obliga a tomar una decisión distributiva (resuelta *a priori* con el estándar penal)–, en realidad dicha asunción expresa la decisión de tolerar socialmente determinados riesgos de error. El análisis de esa tolerancia, entonces, debe estar en el centro de nuestro estudio si a lo que aspiramos es a alcanzar respuestas correctas y eficientes en materia sancionatoria.

Que en el ámbito civil se exija que quien alegue la existencia de una obligación o su extinción deba acreditar los hechos en que ello se funda (art. 1698 CC) es expresión de que el derecho se muestra indiferente a modificar el *statu quo* de privados que alegan una relación obligacional. Esta regla de carga probatoria, si bien diferente a una regla de estándar probatorio, contiene también una evidente distribución de riesgos de error. En tanto aquellos *statu quo* (que existe una obligación o que no existe; que ella se halla extinguido o que permanezca vigente) son igualmente valorables, el derecho simplemente confía en la inercia privada, dejando las cosas tal como están si no se prueba nada en el juicio. El derecho, así, no asume que la obligación existe o que se haya extinguido. Simplemente se abandona al *statu quo ante* porque no vislumbra razón alguna para privilegiar *a priori* un giro en uno u otro sentido.

²³ Stein, A. *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 144. Comprueba esta conclusión, tanto de forma general aplicable a decisiones basadas en distribuciones estadísticas normales, como también utilizando una matriz de reglas de decisión estocástica, Kaye, D., “Naked Statistical Evidence”, en *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 605. En el mismo sentido, vid. Hamer, D., “Probabilistic Standards of Proof, Their Complements and the Errors are Expected to Flow from Them”, en *University of New England Law Journal*, vol. 72, 2004, pp. 71 y sgtes. o Porat, A. & Stein, A. *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 18 y sgtes.

En el ámbito penal, en cambio, el derecho valora positivamente un específico *statu quo* de libertad o inocencia del inculpado, de tal forma que la distribución de riesgos de error realizada en la legislación penal exige una prueba muy contundente para revertirla. Si no se presenta prueba, si ella es defectuosa o no alcanza el límite del estándar exigido de MADR, se prefiere un *statu quo* de inocencia.

Si hay algo claro de acuerdo con lo que hemos sostenido hasta ahora es que no es posible justificar esta opción penal suponiendo que solo cuando hay condena real se hace eficaz o es aplicable el derecho penal. La referida valoración del *statu quo* de libertad o inocencia es una aceptación manifiesta de defraudación de la aplicación coactiva de la regla de conducta penal. Y se adopta un estándar epistémicamente ineficiente porque se prefiere expresamente una situación de ineficacia normativa antes que aceptar una específica distribución de riesgos de falsos positivos. La constante afirmación en la literatura jurídico-política, atribuida de forma protagónica a William Blackstone de que es preferible que muchos culpables estén libres a que un inocente sea sancionado implica un cierto rechazo a aproximarse a la verdad debido a una especial aversión a los posibles falsos positivos que dicha aproximación pudiese ocasionar.

La aceptación del estándar penal, asume, entonces, que para alcanzar el bienestar social es justificable torcer una regla epistémicamente eficiente, prefiriendo un *statu quo* que deja en alto grado sin aplicación coactiva la “regla de conducta” y, con ello, la aplicación coactiva de la regla de conducta. La idea de un derecho penal de *ultima ratio* puede verse claramente reflejada en esta explicación. Es perfectamente sacrificable la regla de conducta penal en una proporción tal que reduzca en un nivel alto la ocurrencia de errores radicados en el imputado.

Con una intensidad menor que la penal, esta preferencia de *statu quo* puede verse en otro tipo de situaciones. Así como sostiene Stein, las sociedades consideran más dañoso internar erróneamente a una persona en un hospital psiquiátrico que no hacerlo, o deportar erróneamente a una persona que comete el error contrario²⁴. En ambos casos, la exigencia de un estándar más alto para tener por establecidos los hechos de la infracción, constituye una decisión de mantener un *statu quo* de libertad o de permanencia en el país, respectivamente, pues ambas realidades son vistas como preferibles, aunque derrotables con una evidencia más que meramente preponderante.

Por consiguiente, las reglas que protegen el *statu quo* son reglas que se explican solo por una valoración positiva de ese orden de cosas, de forma tal que aquella regla procesal que eleva el estándar probatorio es una forma de disminuir las probabilidades *ex ante* de que aquel orden protegido sea modificado.

²⁴ Stein, A. *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 153.

IV. EL *STATU QUO* ADMINISTRATIVO

Todo lo referido hasta aquí nos obliga, inevitablemente, a preguntarnos si resulta necesario torcer la eficiencia distributiva de riesgos de error en materia de reconstrucción fáctica de sanciones administrativas, en la dirección de asumir una especial aversión al riesgo del falso positivo, como en el caso del derecho penal. La pregunta es formulada *ex profeso* de manera compleja, para evitar una simplificación que reduzca nuestro problema a una ficticia cuestión de mera legalidad, en el sentido de suponer que se respeta el derecho penal, en idéntica forma, tanto cuando se condena como cuando se absuelve. La conciencia de la relación conflictiva existente en la disminución de uno y otro error nos exige sofisticar nuestro examen.

En este sentido, no se debe olvidar que, así como asumimos en las primeras líneas de este trabajo, nuestra pregunta no se puede resolver suponiendo sencillamente que el no castigo es una situación de simple imposibilidad de subsunción fáctica en el contenido normativo. Por el contrario, hemos argumentado en el sentido de que la preferencia por un *statu quo* de no sanción penal —preferencia por el *statu quo* de libertad o inocencia— es una reafirmación de que la regla de conducta penal puede perfectamente hacerse aplicable coactivamente de forma residual y que nuestra sociedad convive sin mayores inconvenientes con esa eficacia debilitada. En efecto, quien adhiera a la *ratio* de Blackstone deberá necesariamente aceptar convivir con un derecho penal (o procesal penal) que permite que diez culpables escapen.

Si todo esto funciona así, ¿es, entonces, justificable defraudar o sacrificar las reglas de conducta impuesta por las reglas jurídicas en asuntos de derecho administrativo por una especial aversión a la sanción? ¿Es justificable una preferencia por un *statu quo* de no sanción (libertad o inocencia) en materia administrativa, como el que rige en materia penal?

La respuesta a estas preguntas, creo, debe ser, en principio, negativa. En efecto, es posible apreciar en la realidad social un número importantísimo de sectores donde un especial sacrificio a la aplicación coactiva de la regla de conducta administrativa no se encontraría para nada justificado, y menos incluso si de ello se obtiene una decisión de calidad epistémica deficiente. Me refiero, por ejemplo, a las reglas de conducta que pretenden corregir las desviaciones o las fallas de mercado que se dan en la prestación de servicios públicos y que en los ambientes anglosajones suele llamarse bajo el genérico término de *regulation*.

En efecto, aquellas reglas se enfocan en corregir desviaciones consideradas como inherentes a los mercados y que son originadas por el ejercicio natural de una racionalidad maximizadora del productor o por los defectos, también inherentes, en la racionalidad del usuario o consumidor. De ahí que el objetivo de esas reglas sea “producir mercado”, internalizar costos ocultos, o simplemente introducir cargas que neutralicen aquellas desviaciones.

En casos como estos, el *statu quo* existente antes de la regla de conducta —cuyo *enforcement* es la sanción administrativa y cuya defraudación es la tolerancia de falsos negativos— es el peor escenario posible en términos de bienestar social. Asimetría informativa,

monopolios naturales, beneficios inesperados (*windfall profits*), presencia de externalidades, continuidad o disponibilidad del servicio, comportamientos anticompetitivos, bienes públicos o riesgo moral, desigualdades en los poderes de negociación, eventos de escasez y racionamiento, son solo algunas de las circunstancias que muestran no solo la imperiosa necesidad de regulación jurídica en estos sectores²⁵, sino también la inexistencia de una aversión a la aplicación coactiva de estas regulaciones, aun asumiendo el costo de los errores –ya minimizados– que arroja una forma eficiente de reconstrucción epistémica.

En este ámbito, las sanciones administrativas representan la primera forma (la *prima ratio*) para hacer ejecutables las obligaciones dispuestas por el sistema jurídico. De ahí que la tarea principal del estándar probatorio debiese encaminarse a que ambos tipos de errores alcancen, en conjunto, sus menores valores. Y dicha minimización se obtiene –como ya hemos tenido oportunidad de ver– con una regla de $P > 0,5$.

Este tipo de situaciones, por su parte, revela la principal vocación del derecho administrativo y su oposición al, o su distanciamiento del, derecho penal. En efecto, si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria –al menos en este tipo de casos– es que ella se alinea exclusivamente con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su mal, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar. Como indica Parejo, “si la pena tiene condición retributiva (*quia peccatum*), la sanción impuesta en el ámbito doméstico (administrativo) tiene naturaleza distinta en la medida en que solo persigue la simple corrección de las conductas (*ne peccetur*)”²⁶; en esta misma línea, entiende a la sanción administrativa “como una técnica más al servicio de la efectividad de las políticas públicas formalizadas en los programas legales a ejecutar por la Administración”²⁷. “El Derecho administrativo sancionador –dice, por su parte, Silva Sánchez– es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración”²⁸. De esta forma, cuando el legislador quiere definir el ciclo regulatorio (norma de conducta/*enforcement*), cuando quiere hacer coercible un determinado comportamiento, una de las opciones que tiene a su disposición es, precisamente, las sanciones administrativas²⁹. Y ello, porque para el derecho

²⁵ Vid. Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 15 y sgtes.

²⁶ Parejo, L. “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 36, pp. 1-25, 2014, p. 4.

²⁷ *Ibidem*, p. 7.

²⁸ Silva Sánchez, J.-M., *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 126.

²⁹ Otras son la persuasión, la negociación, la transparencia y la desregulación. Muchas de ellas son susceptibles de ser ordenadas en una verdadera pirámide de instrumentos de aplicación normativa. Vid. Harlow, C. & Rawlings, R., *Law and Administration*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 242 y sgtes. Y muchas de esas herramientas forman parte de lo ha sido llamado una “regulación responsiva”. Vid. Ayres, I. & Braithwaite, J., *Responsive regulation*, Oxford University Press, New York, 1992, pp. 4 y sgtes.

administrativo el dato estadístico o cumulativo de cumplimiento es mucho más relevante que un especial y estigmatizador castigo individual³⁰.

Tras la constatación de que si aumentan los falsos negativos (dar, erróneamente, por no acreditados los hechos de la infracción) disminuye consecuentemente la capacidad disuasoria de la sanción administrativa, aumentando, con ello, las infracciones³¹, no es posible vislumbrar argumento alguno que justifique abandonar el estándar probatorio más eficiente para privilegiar un *statu quo* defectuoso en términos de bienestar social agregado. De esta forma, si la sanción administrativa es la forma primera de hacer coercible los deberes de conducta impuestos por la disposiciones normativas, o el refuerzo normal de la gestión administrativa, el aumento del riesgo de falsos negativos es tan dañino como su inverso, afectando del mismo modo la capacidad disuasoria de la sanción. Y es que una de las cosas que más sorprende de la asimilación entre sanción administrativa y sanción penal (en el sentido de entenderlas como manifestaciones del mismo *ius puniendi*) es aquella precomprensión de que sancionar es algo extraño, excepcional, anormal. De que es posible regular mercados monopólicos imponiendo conductas obligatorias pero entendiendo la sanción a su incumplimiento como una técnica de *ultima ratio*. De que es posible superar las asimetrías informativas, los negocios extremadamente lucrativos, la especulación irregular, las externalidades negativas, los problemas con bienes públicos, entre otras fallas, mediante una regulación cuyo *enforcement* sea excepcional o muy limitado. Todo esto, que, como hemos analizado, tiene una importante justificación en el derecho penal –ante la duda preferimos el *statu quo* de “hombre libre”– no se soporta en el derecho administrativo pues el *statu quo* de empresa “libre de regulación” es, por lejos, el peor escenario de todos.

En este tipo de espacios, la eficiencia asignativa en la distribución de riesgo de error obliga a considerar ambos errores como igualmente desaconsejables. Si de lo que se trata es de verificar si se justifica realmente la no sanción administrativa como para abandonar el sistema más eficiente en términos epistémicos, todo parece indicar que al menos cuando estamos frente a este tipo de *statu quo*, la respuesta es necesariamente negativa.

Lo sostenido, sin embargo, no quita la posibilidad de que puedan justificarse, para casos muy específicos y de forma ciertamente excepcional (no como en el ámbito penal donde la regla general es la inversa), ciertas elevaciones de estándar –que implican

³⁰ El ejemplo de Silva Sánchez en materia ambiental es especialmente clarificador. “Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría –tiene– un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger”. Silva Sánchez, J.-M., *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 129.

³¹ Ogus, A., “Enforcing regulation: do we need the criminal law?”, en Sjögren, H. & Skogh, G. (eds.), *New Perspectives on Economic Crime*, Elgar, Northampton, 2004, p. 50.

necesariamente decisiones de sobrevaloración de errores— así como indicamos a propósito de sanciones como la deportación, la internación psiquiátrica u otras sanciones más estigmatizadoras o que de cierta forma requieren algún tipo de coacción física.

En este sentido, la introducción de diferenciaciones —o aplicación de “estándares variables”— dentro de un mismo campo no debiese sorprendernos. Ello, sencillamente, expresaría la decisión institucional de valorar diversamente distintos *statu quo*, a la luz, por ejemplo, de los costos sociales involucrados o del objetivo de la institución a la que la regla se refiera. La aplicación de estándares probatorios diferentes a distintos tipos de infracciones penales, por ejemplo, ha sido defendida por autores como Laudan que precisamente utilizan los diversos fines a los que se refieren esos delitos para asignarle un determinado estándar³². Así como en el ámbito penal cada día se hace más cuestionable que para sanciones de multas se continúe aplicando el estándar aplicable al homicidio, así también en el ámbito administrativo puede defenderse exitosamente que, en casos excepcionales, se aplique un estándar más elevado.

V. EPÍLOGO

Que no sea justificable la aplicación del estándar probatorio penal a las sanciones administrativas porque no es posible valorar positivamente, en términos de bienestar social agregado, una aplicación coactiva residual de la regla de conducta administrativa no es una conclusión exclusiva del derecho probatorio. Por cierto, a esta conclusión se arriba también considerando, tal como hemos adelantado, que la sanción administrativa no es una anomalía o un evento anormal sino un instrumento usual y ordinario de *enforcement* de una regla de comportamiento socialmente esperable.

Por lo mismo, tampoco resulta correcto que, adoptando el legislador una fórmula específica de sanción administrativa, sea inocuo trasvasijarle a aquella las características que definen a la otra sanción en competencia, la sanción penal. El legislador realiza su elección tomando precisamente en cuenta la forma en que ellas son impuestas, los costos de la reconstrucción fáctica, los efectos sociales que producen y la eficiencia que ellas generan.

En tanto en materia administrativa una especial aversión al riesgo de condena no resulta ser un bien justificable —debido principalmente a la exclusión de la pena privativa de libertad como posible sanción, a la baja intensidad de la estigmatización de la sanción y a la necesidad de utilizar la sanción como forma ordinaria de coerción—, sino que, por el contrario, aparece como bien preponderante el respeto ordinario y constante a la legalidad y la eficiencia en la desaprobación de las conductas que la infringen (que

³² Laudan, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 55 y sgtes. a propósito del estándar “más allá de toda duda razonable”.

no es sino la otra cara del respeto a la legalidad), la sanción administrativa resulta ser un elemento consustancial a la regulación³³.

Ahora bien, entendida la sanción administrativa como una técnica de *prima ratio*, ello no obsta que se pueda criticar la legislación vigente por un uso excesivamente frecuente de sanciones administrativas que desplazan otras formas de *enforcement* más benévolas, como subsidios, mediaciones o la simple persuasión³⁴. Y todo ello, aunque muchos de estos instrumentos alternativos a la sanción funcionen bien siempre y cuando estén respaldados por la posibilidad cierta y final de sanción en caso de que fracasen. Como enfatiza Montt –haciendo referencia a la teoría de las *benign guns*– los entes administrativos “estarán mejor capacitados para asegurar el cumplimiento persuasivo de las normas cuando cuenten con facultades para aplicar sanciones administrativas”³⁵.

Los mercados en que se hace necesaria la regulación –y donde de hecho el Estado ha intervenido con mayor o menor intensidad– son relevantes porque afectan la prestación de importantes servicios públicos. En este contexto, la regulación en caso alguno puede ser entendida como una técnica de *ultima ratio*. Por el contrario, las regulaciones –y con ella inseparablemente las sanciones administrativas, en tanto fórmulas de coacción para obtener su cumplimiento– construyen mercados allí donde no los hay, generan condiciones óptimas de intercambio, disciplinan y promueven el bienestar social. Precisamente, de esta constatación se deriva que cualquier proyecto de comprensión del derecho administrativo –como acertadamente ha advertido Parejo– “ha de inspirarse indudablemente en la recuperación de la idea de la Administración no como un mal necesario, sino como un instrumento positivo de regulación y configuración sociales, de aseguramiento de las condiciones básicas de la vida en colectividad, así como del objetivo de la articulación de un sistema administrativo capaz de cumplir con eficacia sus cometidos”³⁶.

³³ “Ambas potestades (la punitiva judicial y la sancionadora administrativa) –sostiene Parejo– tienen un núcleo propio, girando la penal en torno a la retribución por la lesión de bienes capaces de justificar la restricción de la libertad personal y la administrativa a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas”. Vid. Parejo, L. “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 36, 2014, p. 19.

³⁴ Los estudios relativos a economía del comportamiento, en efecto, están actualmente analizando diversas formas de producir incentivos mediante reglas que no imponen sanciones, sino que generan formas mucho más benévolas y eficientes de dirección de conductas. Por todos, vid. Thaler, R. H. & Sunstein, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, London, 2009; Shafir, E. (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, New Jersey, 2012; Sunstein, C. R., *Simpler. The future of government*, Simon & Schuster, New York, 2013.

³⁵ Vid. Montt, S., “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en De la Cuétara Martínez, J. M., Martínez López-Muñiz, J.L. & Villar Rojas, F.J. (eds.), *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, p. 55 y sgtes.

³⁶ Parejo, L., *Crisis y renovación en el derecho público*, Palestra, Lima, 2008, p. 82. En el mismo sentido, vid. Schmidt-Aßmann, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP, Madrid, 2003, pp. 27 y sgtes.

En un escenario de *ultima ratio*, lo más importante es la evitación del riesgo de castigar al inocente y sobre esa base es que resulta razonable entender el cúmulo de garantías jurídicas que hacen realidad aquella *ultima ratio* del castigo penal. La garantía penal del estándar probatorio de MADR se explica, precisamente, como decisión pública cuando se la sitúa en un contexto de sanción residual. En este sentido puede afirmarse, con Ferrajoli, que en tanto las garantías están orientadas a regular y a minimizar la violencia punitiva penal, ellas se configuran “como las fuentes de justificación del derecho penal”³⁷. Por ello es que garantismo y “derecho penal mínimo” sean verdaderamente sinónimos. “Un determinado derecho penal –continúa el autor– está justificado solo si y en la medida en que se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal”³⁸. Y así, son las mismas garantías las que “se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales”³⁹.

La lógica es, en cambio, muy diversa en el ámbito administrativo. No existe ninguna razón que justifique tener aquella aproximación de *ultima ratio* en el cumplimiento de los deberes administrativos impuestos por el sistema jurídico. En ese contexto, es solo el ajuste de la sanción a todo aquel sistema jurídico el criterio que debe regir.

La aproximación a la prueba de los hechos en materia de sanciones administrativas aquí defendida ha consistido en descifrar uno de los puntos neurálgicos de la literatura del derecho probatorio: en qué consiste un estándar probatorio. La reconstrucción propuesta considera el estándar probatorio como una *decisión institucional* y procedimental que *valora* de una determinada manera el *statu quo* de una específica situación fáctica conflictiva antes de que ella sea problematizada. Esta decisión regulativa se traduce en *tolerar* una mayor o menor cantidad de falsos positivos/falsos negativos; o, en otras dos formulaciones distintas, en *distribuir* de cierto modo –o localizar en una u otra parte– los riesgos del error; en *evaluar* los costos sociales u otras variables asociadas con el fin de la regla de conducta para extender o minimizar el margen de defraudación o aplicabilidad de aquella regla.

¿Cuánta y de qué calidad debe ser la prueba que se requiere para que la autoridad dé por reconstruidos los hechos que constituyen la infracción administrativa? La respuesta es que la prueba en materia de sanciones administrativas –en tanto técnica de *enforcement* de *prima ratio*– debe cumplir de manera general con el estándar de prueba preponderante, es decir, debe ser capaz de generar una probabilidad simplemente mayor de que los hechos de la infracción ocurrieron.

³⁷ Ferrajoli, L., “Garantías y derecho penal”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 31, 2001, p. 166.

³⁸ *Ibidem*, p. 167.

³⁹ *Ibidem*, p. 169.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, E., "Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa", en Arancibia, J. & Martínez, J. I. (eds.) *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 795-808.
- ANDERSON, T., Schum, D. & Twining, W., *Analysis of Evidence*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- AYRES, I. & Braithwaite, J., *Responsive regulation*, Oxford University Press, New York, 1992.
- BAJO, M., *El Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978.
- BALDWIN, R., Cave, M. & Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BARRERO, C., *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- BAYON, J. C., "Epistemología. moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", en *Analisi e diritto*, pp. 15-34, 2008.
- BENTHAM, J., *Rationale of judicial evidence*, Hunt and Clarke, London, 1827.
- BERMÚDEZ, J. *Derecho Administrativo General*, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- CORDERO, E., *Derecho Administrativo Sancionador*, LegalPublishing, Santiago, 2014.
- CORDERO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- CORDERO, L. "Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del Derecho Administrativo", en *Derecho y Humanidades*, vol. 20, 2012, p. 383-393.
- DAMASKA, M., "Presentation of evidence and factfinding precision", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, pp. 1083-1106, 1975.
- FERRAJOLI, L., "Garantías y derecho penal", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 31, pp. 165-172, 2001.
- FERRER, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Civitas, Pamplona, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 10, pp. 399-430, 1976.
- GARRIDO Falla, F., "Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas", en *Revista de Administración Pública*, vol. 28, pp. 11-50, 1959.
- HAMER, D., "Probabilistic Standards of Proof, Their Complements and the Errors are Expected to Flow from Them", en *University of New England Law Journal*, vol. 72, pp. 71-107, 2004.
- HARLOW, C. & Rawlings, R., *Law and Administration*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HUERGO, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- HYLTON, K. N. & Khanna, V. S., "Political economy of criminal procedure", en Garoupa, N. (ed.) *Criminal Law and Economics*, Elgar, Cheltenham, pp. 171-206, 2009.
- KAPLAN, J., "Decision Theory and the Factfinding Process", en *Stanford Law Review*, vol. 20, pp. 1065-1092, 1968.
- KAYE, D., "Naked Statistical Evidence", en *The Yale Law Journal*, vol. 89, pp. 601-611, 1980.
- LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., "Multas administrativas", en *Revista de Administración Pública*, vol. 79, pp. 9-65, 1976.
- MENDOZA, R., "Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas y en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas", en VV.AA., *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, pp. 127-153.

- MONTORO, M., *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanciones*, Náutica, Barcelona, 1965.
- MONTT, S., “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación justificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en De la Cuétara Martínez, J. M., Martínez López-Muñoz, J.L. & Villar Rojas, F.J. (eds.), *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, pp. 55-80, 2011.
- MUÑOZ Machado, S., “La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 11, pp. 734-741, 1976.
- NIETO, A., “Los principios de tipicidad en las infracciones en materia de consumo”, en *Estudios sobre consumo*, vol. 3, pp. 148-160, 1984.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- OGUS, A., “Enforcing regulation: do we need the criminal law?” en Sjögren, H. & Skogh, G. (eds.), *New Perspectives on Economic Crime*, Elgar, Northampton, pp. 42-56, 2004.
- PARADA, J. R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 69, pp. 41-94, 1972.
- PARDO, M. S. “The Nature and Purpose of Evidence Theory”, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, pp. 547-614, 2013.
- PAREJO, L. “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 36, pp. 1-25, 2014.
- PAREJO, L., *Crisis y renovación en el derecho público*, Palestra, Lima, 2008.
- PORAT, A. & Stein, A. *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- REBOLLO, M., Izquierdo, M., Alarcón, L. & Bueno, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- RORTY, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1979.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP, Madrid, 2003.
- SHAFIR, E. (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, New Jersey, 2012.
- SILVA Sánchez, J.-M., *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- SOTO Kloss, E. “Derecho Administrativo Penal - notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1980, pp. 95-103.
- STEIN, A. *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- SUAY, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- SUNSTEIN, C. R., *Simpler. The future of government*, Simon & Schuster, New York, 2013.
- TARUFFO, M., *La semplice verità*, Laterza, Bari, 2009.
- THALER, R. H. & Sunstein, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, London, 2009.
- VEDEL, G. “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?”, en *Études et Documents du Conseil d'État*, 1980, pp. 31-44.
- VILLAR Palasí, J. L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 16, pp. 11-83, 1955.

