

NÚMERO ESPECIAL: DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL

EDITOR INVITADO: JAVIER WILENMANN

LA IMPOSICIÓN CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINA EN LA PRÁCTICA SANCIONADORA DEL ESTADO*

JAVIER WILENMANN**

Resumen:

El artículo ofrece una reconstrucción de la polémica sobre la aplicabilidad de garantías penales en procesos administrativos sancionatorios. En él se critica, en primer lugar, la fijación en un nivel de discusión litigiosa del problema. El artículo muestra que se trata antes de un problema de diseño institucional. Visto de este modo, el artículo ofrece una solución pragmática formalista, bajo la cual el legislador debe ser obligado a elegir entre al menos tres regímenes sancionatorios y siéndole vedadas ciertas alternativas en caso de afectación especialmente intensa de derechos.

Palabras claves: *garantías constitucionales; derecho administrativo sancionador; sanciones administrativas; diseño institucional*

I. INTRODUCCIÓN

A causa del incremento de ámbitos regulados y sujetos a prácticas sancionatorias de la economía ordinaria, la pregunta por la aplicabilidad de garantías constitucionales a los procesos referidos a la imposición de sanciones administrativas ha adquirido especial notoriedad en la realidad jurídica actual.¹ Esto es ciertamente visible no solo por el número de casos públicamente relevantes en cuya resolución se encontraba implicado el punto,² sino también por la gran cantidad de contribuciones académicas referidas al problema.³

* Este artículo ha sido desarrollado como parte del proyecto Fondecyt N° 1170056 sobre “La conformación del derecho penal entre política y cultura”, del cual el autor es investigador responsable.

** Universidad Adolfo Ibáñez, Chile (javier.wilenmann@uai.cl). Artículo recibido el 19 de noviembre de 2019, aceptado para su publicación el 13 de enero de 2020.

1 En Chile, así LETELIER (2017), pp. 625 ss.; LONDOÑO (2014), pp. 148 ss.; GÓMEZ GONZÁLEZ (2017), p. 102; CORDERO (2014), pp. 400 ss.

2 Los casos más relevantes a este respecto discutidos en Chile son probablemente los casos La Polar y Cascadas, dos de los mayores escándalos corporativos de la última década. Sobre el particular, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional Roles 3684-17, 3575-17, 3542-17, 3014-16, 3000-16, 2922-15, 2896-15, todos ellos en el caso Cascadas; y las sentencias 3054-16 (Tribunal Constitucional) y 30.176-18 (Corte Suprema), en el caso La Polar.

3 En Chile y, en alguna medida, en la literatura europea, buena parte de la atención se ha concentrado en el problema especial de la concurrencia de regímenes sancionatorios (aplicabilidad del *ne bis in*

Como es usual en la literatura jurídica, el problema tiende a ser tematizado en referencia al posible uso litigioso de una batería de argumentos potencialmente disponibles para una parte —en general: la defensa de agentes más o menos importantes de la economía ordinaria en procesos de reclamación ante la imposición de sanciones por autoridades administrativas—, antes que como un problema de diseño institucional.⁴ Esto es: el punto de vista naturalmente asumido por la literatura jurídica es el del tribunal que, ante la invocación de argumentos de defensa de fuente constitucional opaca, debe determinar si ciertas reglas tienen validez y cuál es su ámbito de aplicación. Por cierto, a diferencia de los jueces, los académicos pueden preguntarse no solo por los fundamentos de derecho positivo de la aplicabilidad de las “garantías del *ius puniendi*” a procedimientos administrativos, sino también por su compatibilidad con estándares de justicia política o de eficacia en la consecución de objetivos institucionales determinados. El interés se encuentra puesto, sin embargo, en el contenido de argumentos que derivan de esas reflexiones. El foro precede al diseño.⁵

Aunque este modo de enfatizar la cuestión no cierra de por sí su estudio comparado —uno puede funcionalistamente ver cómo distintos regímenes enfrentan el mismo problema “del foro”—, sí genera dificultades de generalización y comparabilidad. Ante todo, como veremos, se trata de un modo de tematizar los problemas de diseño de regímenes sancionatorios que pone a la carreta por delante de los bueyes: puede ser que ciertos argumentos litigiosos tengan valor para evitar consecuencias sancionatorias, pero si ello tiene sentido debe ser por razones de diseño de esas prácticas sancionatorias. El problema al que el diseño responde es probablemente común a ordenamientos jurídicos contemporáneos; los argumentos forenses en cambio no lo son. Sin empezar por preguntarse por el problema y las opciones de diseño a las que responden esos argumentos, el estudio tanto comparado como local del problema de las garantías aplicables a distintos regímenes sancionatorios adolece de déficit de reflexividad y tiende a la inflación de lugares comunes retóricos (los principios naturales del *ius puniendi*).⁶

idem respecto de sanciones penales y administrativas concurrentes). A este respecto véase MAÑALICH (2014), pp. 543-563; OSSANDÓN (2018), pp. 952-1002; GÓMEZ GONZÁLEZ (2017). Otras discusiones sobre garantías “especiales” han tenido relevancia tanto jurisprudencial como doctrinaria. En la jurisprudencia, la proporcionalidad de la sanción y la aplicabilidad del mandato de determinación en la tipificación de sanciones han sido determinantes. En la literatura, algunos artículos se refieren específicamente al punto. Véase, por ejemplo, LONDOÑO (2014), pp. 147-167.

4 En lo que se alcanza a ver, este no es el caso del reciente artículo de LETELIER (2017), pp. 622-689.

5 Es probable que ciertas razones meta-teóricas contribuyan a este estado de cosas. En particular, la cultural legal hispana tiende a asumir una concepción estática del derecho constitucional, conforme a la cual su relevancia está dada por entregar garantías y determinar contenidos posibles (o mandados) de normas legales. En Chile ilustrativo DURÁN (2011) pp. 145 ss.; DURÁN (2016) p. 276. Críticos en materia penal de la actitud que subyace a este acercamiento en la relación entre política, derecho y constitución GÁRDIZ (2010), pp. 332 ss.; STUCKENBERG (2011), pp. 653-661 ss.; APPEL (1996), pp. 303 ss.; BÄCKER (2015), pp. 361 ss.

6 Una tradicional crítica en este sentido puede encontrarse en NIETO (1993), pp. 20 ss., 83 ss. Véase también LETELIER (2017), pp. 627 ss.; MAÑALICH (2014), pp. 544 ss.

En este artículo se propone, en cambio, dejar de lado el punto de vista del foro –esto explica la exclusión de tematización de los principios del *ius puniendi*: la idea es precisamente romper con la inercia de discutir el alcance de instituciones que se asumen como existentes– para preguntarse antes por la configuración institucional desde la que surgen los argumentos que se enarbolan en él. Ello constituye un mejor punto de partida para preguntarse cómo reaccionan distintos regímenes frente a los problemas de diseño institucional de prácticas sancionatorias.

En lo que sigue, exploraré este modo de construir y analizar el problema de las garantías constitucionales en ámbitos sancionatorios a partir de tres ejes. La primera parte se centra en el origen del problema, a saber, la convivencia de regímenes sancionatorios estatales con configuraciones constitucionales divergentes. En particular, en la primera parte, daré cuenta de las razones típicamente invocadas para mantener regímenes sancionatorios de distinto tipo y el problema que surge a partir de la decisión por satisfacer esa pretensión: necesidades de disciplinamiento en el uso de los regímenes, cuando solo uno de ellos está sujeto a constreñimientos institucionales explícitos. A partir de ello, en una segunda parte más breve, presentaré la idea de solución formal racional mínima: el sistema constitucional tiene que postular un *trade-off* racional entre el uso del sistema con constreñimientos más fuertes y sistemas alternativos. Finalmente, en una tercera parte, daré cuenta de los distintos modos en que el problema de diseño es encarado en la práctica comparada.

II. EL PROBLEMA DE DISEÑO

2.1. Existencia de regímenes sancionatorios diferenciados

Aunque este aspecto del problema es conocido entre nosotros,⁷ el reflejo de decisiones de diseño en la discusión sobre garantías no es comprensible sin hacer referencia a ella: la existencia de un régimen sancionatorio unívoco es insuficiente en Estados modernos. En particular, el régimen sancionatorio central de los Estados modernos –el derecho penal– tiene limitaciones que han obligado a adoptar regímenes concurrentes.

Las razones de esa insuficiencia y de la adopción de regímenes concurrentes son variadas. En parte, son reflejo de la estructura misma del derecho y del proceso penal como expresión de una cierta noción de responsabilidad. La imposición de medidas de seguridad a inimputables responde a esta lógica: por definición, los inimputables no son responsables conforme a las categorías del derecho penal, pero a su respecto se manifiestan necesidades de intervención coactiva por la realización de una conducta delictiva.⁸ Esos regímenes pueden adoptar lógica de servicio social (los

7 Véase, por ejemplo, LONDOÑO (2014), pp. 149 ss., haciendo referencia a las distintas funciones cumplidas por reglas y estándares, o LETELIER (2017), pp. 636 ss.

8 Es precisamente en este sentido que las medidas de seguridad substitutivas a la pena ilustran de modo paradigmático los problemas a los que se enfrenta un diseño institucional centrado en la ideología del derecho penal. Sobre su evolución véase solo FRISCH (2007), pp. 3 ss.

antiguos servicios de menores o el sistema sanitario), lógica judicial no punitiva (los antiguos tribunales de menores), o lógica cuasi-punitiva (la justicia penal adolescente o las medidas de seguridad impuestas en procesos penales).⁹ Sigue tratándose, sin embargo, de regímenes concurrentes al régimen penal general con capacidad de imposición de medidas coactivas intensas.

A veces, la misma fijación de límites internos al derecho penal genera la necesidad del surgimiento de regímenes concurrentes. Este es el caso de la expansión “preventiva” de regímenes coactivos: la limitación del sistema penal tradicional en orden a reaccionar solo ante consumación de un delito (o una acción cercana a ello: tentativa) y solo por un tiempo determinado en relación a la entidad del delito genera limitaciones que pueden ser percibidas como contraproducentes.¹⁰ Mecanismos tales como la custodia de seguridad post-condena¹¹ responden a la imposición de regímenes de control más allá de esas limitaciones.

En otras ocasiones, estándares de determinación de la conducta punible son problemáticos por la capacidad de adaptación formal de los sujetos regulados. Este es el caso tradicional del derecho administrativo sancionatorio de alto nivel.¹² La capacidad de soportar sanciones de los sujetos regulados, su capacidad de producir apariencia de cumplimiento, los cambios que pueden producirse rápidamente en el área en cuestión, y la alta dependencia de conocimiento especialmente referido a un mercado o a una industria, hacen que la estructura orgánica y de razonamiento jurídico del derecho penal no se adapte a las necesidades de regulación.

Finalmente, en ocasiones también el alto costo y la alta carga de la imposición de penas puede hacer necesario generar regímenes concurrentes. Este es el caso del derecho administrativo sancionatorio de baja entidad (o derecho contravencional). Aquí, a diferencia del derecho sancionatorio de alto nivel, no son las características de la resistencia a la regulación, sino el costo de imposición para la propia administración y la posible carga moral que ella puede tener en el condenado, que hacen conveniente imponer sanciones sin lógica adversarial necesaria y a menor costo. Frente a transgresiones comerciales mínimas, no pago de ciertos servicios estatales discretos (no pago en el tren), infracciones de tránsito de baja entidad, etc., la necesidad de

9 Sobre la evolución de los sistemas de control de menores y adolescentes véase FELD (1993), pp. 200 ss.

10 Este es el caso de las medidas de seguridad complementarias a la pena. Sobre el verdadero compromiso que significó su reconocimiento en la disputa entre la comprensión tradicional del derecho penal y su pretensión de reconfiguración como burocracia de control social, véase FRISCH (2007), pp. 5 ss. Críticamente sobre la reciente expansión preventiva del derecho penal RAMSAY (2012); SILVA SÁNCHEZ (2006).

11 Sobre su *estatus* constitucional en el derecho alemán, véanse las dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 109, 133, declarando la práctica en cuestión -sujetar a privación de libertad por razones de seguridad por un tiempo indeterminado a un condenado por un tiempo indeterminado post-condena- compatible con la constitución; BVerfGE 128, 326, ordenando ciertas medidas de compatibilidad después de ser condenada la República Federal por Corte Europea de Derechos Humanos.

12 Véase a este respecto JAVIER WILENMANN, “El derecho frente a la resistencia a la criminalización”, *Política Criminal* (en prensa), dando cuenta de las razones por las que se produce esta resistencia.

imposición de las reglas se enfrenta a la masividad de las transgresiones y su carácter bagatelario. Para tener un nivel más eficiente de imposición, los sistemas jurídicos tienden a generar arreglos con procedimientos menos extensos (imposición *in situ*, citación e imposición en ausencia, etc.).¹³

2.2. El problema del disciplinamiento en el uso de regímenes sancionatorios

En los sistemas constitucionales positivos, y pese a la existencia de regímenes sancionatorios concurrentes al régimen penal general, las exigencias de diseño tienden a referirse al sistema penal. No me interesa aquí discutir el contenido de esas limitaciones de diseño (exigencias de legalidad) y de funcionamiento de la práctica punitiva (garantías procesales). Solo me interesa concentrarme en un punto: las garantías en cuestión tienden a referirse formalmente, como cuestión de derecho positivo, al sistema penal. Piénsese en los siguientes pasajes extraídos de distintos cuerpos de derecho positivo constitucional o internacional de los derechos humanos.

La pena no puede trascender de la persona del delincuente (Art. 5.3 Convención Americana de Derechos Humanos).

Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Art. 5.6 Convención Americana de Derechos Humanos).

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...). (Art. 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos).

Toda **persona acusada de** una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo **acusado** tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...). (Art. 6.2 y 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos).

No se exigirán fianzas excesivas, no se impondrán multas excesivas, ni se impondrán **penas crueles e inusuales** (Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos).

La ley no podrá presumir de derecho **la responsabilidad penal**. **Ningún delito se castigará con otra pena** que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer **penas** sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (Art. 19 número 3 incisos 7 a 9 de la Constitución Política de Chile).¹⁴

13 Probablemente la experiencia más diferenciada a nivel internacional corresponde al derecho contravencional alemán, un régimen administrativo con regulación equivalente a una codificación orientado precisamente a tener un régimen general que permita conciliar estas tensiones. Sobre su evolución véase TIEDEMANN (1991), pp. 15 ss.

14 Todos los énfasis han sido agregados.

Todas las expresiones destacadas muestran una referencia formal a conceptos tomados del derecho penal. En tanto régimen concurrente a la instalación progresiva del Estado moderno, esta fijación es fácilmente explicable. Pero ella genera un problema obvio: una vez que se acepta la existencia de regímenes sancionatorios distintos al sistema penal, surgen problemas de disciplinamiento en la elección del régimen sancionatorio.

Los problemas de disciplinamiento son de distinta clase. El más obvio es el desincentivo al uso del régimen limitado si se pueden usar libremente otros regímenes. Así, por ejemplo, que frente a una nueva conducta delictiva (digamos: el acoso sexual callejero) el legislador puede decidir entre reaccionar mediante el sistema penal o mediante un régimen sancionatorio concurrente. El uso del régimen penal implica las limitaciones que le son propias: imposición bajo garantías procesales, legalidad en sus distintas vertientes, etc. Si pueden imponerse las mismas sanciones sin esas limitaciones, hay incentivos políticos importantes a no utilizar ese régimen y a diseñar uno ad-hoc. Eso ciertamente no quiere decir que no haya ningún incentivo a usar el sistema penal: la carga simbólica puede ser políticamente atractiva. El uso de una burocracia especialmente dedicada a la imposición de esta clase de reglas –el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal– también tiene ventajas.¹⁵ Pero si lo relevante es que la producción de sanciones sea lo más eficiente posible, el uso del sistema penal deja de tener sentido –siempre es conveniente usar un régimen menos constreñido–. Y, sin embargo, las constituciones manifiestan la voluntad de sujetar la imposición de ciertas sanciones a las garantías penales.

Un segundo problema, vinculado al primero, es el posible fraude de etiquetas. Si la capacidad de imposición de disciplina en el diseño y funcionamiento del régimen sancionatorio se concentra en el *nomen iuris*, entonces el uso de otras etiquetas para establecer un sistema con un funcionamiento similar –en el que incluso participen los mismos organismos– tiene todavía más atractivos. Al extremo, sin disciplinamiento contra el fraude de etiquetas, el legislador puede hacer fácilmente obsoletas a las limitaciones constitucionales en cuestión. Basta diseñar todo régimen sancionatorio sin hacer referencia a conceptos penales.

Finalmente, un tercer problema se vincula a la ausencia de regulación especial de diseño para los regímenes sancionatorios concurrentes al sistema penal. Esa ausencia de un estatuto constitucional especial de diseño no implica ausencia de regulación constitucional general.¹⁶ En particular, el control en base a afectación de derechos fundamentales (y su complemento con el principio de proporcionalidad) no depende del tipo de regulación usada sino simplemente de su efecto de afectación de derechos fundamentales.¹⁷ Aunque podría pensarse en simplemente controlar el

15 Véase HASSEMER (1973), pp. 164 ss. Sobre las particularidades del derecho penal véase la clásica exposición de WILLIAMS (1955), pp. 107-130. Al respecto HORDER (2014), pp. 103-131.

16 Entre nosotros, el punto es advertido por LETELIER (2017), pp. 628 ss., quien no se detiene especialmente sobre la posible aplicación de estatutos generales de control constitucional.

17 Eso no priva de problemas dogmáticos al uso de regímenes concurrentes. En general, las constituciones tienen reconocimientos del sistema sancionatorio “derecho penal” a propósito

diseño de otros regímenes sancionatorios por vía de control de proporcionalidad ligado a afectación de derechos fundamentales,¹⁸ es usual que las cortes constitucionales no lo consideren suficiente. Y ello, porque al menos el problema del fraude de etiquetas y del disciplinamiento en el uso de los regímenes sancionatorios no puede ser solucionado por esta vía. Ello abre una necesidad regulatoria mínima.

2.3 La solución tradicional hispánica: mezclar los problemas

Frente a esta necesidad regulatoria, en culturas legales dominadas por argumentos del foro tiende a reaccionarse de un modo que puede considerarse irracionalmente maximalista. Ello consiste, en lo esencial, en simplemente hacer aplicable al régimen penal todo o una parte importante de la regulación que los textos supralegales positivos hacen aplicable al sistema penal.

Este es el caso en que el problema ha sido abordado en la literatura y jurisprudencia española y, por influencia de ella, en Chile. El argumento es sencillo y consiste en esencializar la existencia de un “poder de castigar del Estado” (*ius puniendi*). Se sostiene que las reglas positivas referidas al diseño del sistema penal derivan de “limitaciones al *ius puniendi*” y que ello se aplica a toda forma de reacción sancionatoria del Estado. Con ello, las garantías serían también aplicables a todos los regímenes concurrentes.

Por cierto, el argumento llevado hasta el final simplemente no puede ser soportado en la práctica.¹⁹ La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (“TC”) chileno es ilustrativa de este hecho. En la sentencia que inició la idea de aplicación de las garantías penales a los procesos sancionatorios concurrentes,²⁰ el TC declaró que los principios limitadores del Derecho Penal deben aplicarse al Derecho Administrativo sancionador. Con posterioridad, y en una línea que mantiene hasta hoy, esa posición fue literalmente matizada.²¹ De conformidad con su famosa declaración, los principios penales deben aplicarse “con matices” en materia administrativa.²² Esto es: no tiene sentido aplicar las mismas reglas, aunque algunas analogías podrían tener sentido según el TC.²³

de ciertos derechos fundamentales. Ello implica que hay una reserva de ley respecto al uso de la potestad legislativa para legislar penalmente. Pero en general no hay reservas de ley respecto de otros regímenes sancionatorios.

18 Este es un punto largamente discutido por la literatura alemana reciente. Al respecto, en detalle, WILENMANN (2017), pp. 389-445.

19 Para una crítica centrada en la inconsistencia de esta línea jurisprudencial, véase VAN WEEZEL (2017), pp. 1008-1017.

20 STC 244-96.

21 STC 479-06.

22 STC 479-06, considerando 8.

23 Véase VAN WEEZEL (2017), pp. 997-1043, para una crítica a la analogía misma entre ambos regímenes sancionatorios. La fragilidad del estándar de aplicación de garantías con matices puede ser advertida de inmediato revisando el conjunto de decisiones más relevantes decididas en los

En la práctica comparada, el modo de discusión no tiende a ser equivalente con el tipo de razonamiento que se entabla en la tradición hispánica -aunque los resultados no son completamente disimiles-. En la Corte Europea de Derechos Humanos, su jurisprudencia sobre el concepto *de matière pénale* para la determinación del ámbito de aplicación de las garantías referidas a cuestiones sancionatorias cumple un rol similar y también lleva a una aplicación diferenciada. El caso *Oztürk* es la ejemplificación más famosa de este modo de aplicación diferenciado: si bien la Corte estuvo dispuesta a hacer aplicable la garantía de contar con intérprete gratuito, prevista en el artículo 6 del Convenio en “materia penal”, para la imposición de una sanción de baja monta en el régimen contravencional alemán, no consideró que el aspecto en que ese régimen se aparta más directamente del diseño penal exigido (el principio de imposición judicial) fuera problemático.²⁴ Esto puede ser visto como contradictorio y ha llevado a una jurisprudencia en ocasiones cambiante. Pero el punto de partida, a diferencia del caso hispánico, no estuvo vinculado a la esencialización de una idea de *ius puniendi*, sino antes a enfrentar directamente -con mayor o menor éxito- el problema del disciplinamiento.

Pese a que en la sección 3 volveré sobre el modo en que otros sistemas influyentes han reaccionado frente al problema del disciplinamiento, para estos efectos -desechar la solución maximalista- basta con hacer referencia aquí a lo obvio: ella no se sostiene en sus propios términos. Simplemente no tiene sentido aplicar por completo el régimen del Derecho Penal a los sistemas sancionatorios concurrentes. Con ello, darle contenido a los “matices” de las garantías en sistemas sancionatorios no penales tiende a funcionar como un ejercicio de decisión intuitiva. Superarlo, exige volver al problema al que responde su intuición, a saber, la necesidad de evitar el fraude de etiquetas y disciplinar en la elección de regímenes sancionatorios.

III. LA SOLUCIÓN RACIONAL MÍNIMA

3.1 Presentación

En la discusión sobre las limitaciones de diseño y garantías de funcionamiento de regímenes sancionatorios concurrentes al sistema penal hay, como hemos visto, tres problemas vinculados: en general, la necesidad de disciplinamiento en la elección de regímenes sancionatorios, incluyendo el problema del fraude de

últimos años sobre el punto, todas ellas vinculadas a facultades de sanción administrativa en materia de mercado de valores. En su sentencia de 29 de septiembre de 2016, en la causa 2922-15-INA, el TC declaró que la imposición de una multa en virtud del artículo 29 del Decreto Ley 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros resultaba inconstitucional por vulnerar garantías aplicables a procedimientos sancionatorios enmarcados en el *ius puniendi* (aquí en lo esencial determinación). Poco después de la decisión del TC, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que no podían aplicarse simultánea o sucesivamente sanciones penales y administrativas a un mismo hecho -algo posteriormente resistido por la Corte Suprema (SCS 30.176-17, sentencias de casación y reemplazo)-. Todo ello ha abierto un flanco importante de litigación en relación al problema específico de la posibilidad de imposición de doble sanción.

24 *Oztürk c. Alemania* (CEDH, 21 de febrero de 1984).

etiquetas. Eventualmente, en sistemas sin una dogmática reconocida de control en base a afectación de derechos fundamentales/principio de proporcionalidad, también puede ser problemática la ausencia de regulación especial de control en estos ámbitos. Como ese problema es secundario y contingente, me interesa concentrarme aquí en trazar brevemente los contornos de una respuesta racional a los problemas primarios de diseño.

Los contornos de una respuesta racional mínima se obtienen combinando dos premisas que debieran ser fácilmente aceptables: es razonable contar con regímenes concurrentes y con menos limitaciones de diseño que el sistema penal; pero para evitar la generación del problema de disciplinamiento mayor (el fraude de etiquetas), la elección por el régimen más o menos limitado tiene que ofrecer un *trade-off* racional controlable.

Las razones por las que es razonable aceptar la primera premisa ya las revisamos al inicio de la primera parte. Solo el segundo paso requiere explicación. Esa explicación no es especialmente compleja. Si al diseñar un sistema se puede elegir libremente entre dos regímenes que ofrecen exactamente lo mismo, pero uno tiene menos limitaciones de diseño que el otro, no hay razones para preferir el régimen más limitado (el Derecho Penal) que el menos limitado (los regímenes concurrentes). Dos son los requisitos de superación de ese problema: la generación de un *trade-off* entre la elección del sistema más intenso, pero más limitado, y el menos intenso, pero menos limitado, por una parte, y la posibilidad de control, por la otra.

3.2 Primera condición del *trade-off* racional: el régimen más restringido tiene que ofrecer más que el régimen menos restringido

El *trade-off* racional solo se produce si se cumple al menos una condición: que el uso del régimen más limitado (penal) *permita (o produzca) más* que el régimen menos limitado (regímenes concurrentes).²⁵ Ese “más” que puede ofrecer el régimen más limitado puede ser de distinta clase. En general, el Derecho Penal se encuentra simbólicamente más cargado que cualquier otro régimen. Pero esa carga simbólica es contingente a su uso en los casos más graves, lo que implica que no es autosuficiente. El sistema penal ofrece, además, el uso de un aparato burocrático establecido. El uso de algunas facultades policiales –ante todo la facultad de detener– pueden estar sujetos a vínculos con el sistema penal. Por último, ese “más” tiende a implicar imposición de sanciones más intensas. La reserva de la afectación a la libertad personal puede cumplir así ese rol de modelamiento.

25 Así también VAN WEEZEL (2017), pp. 1.025 ss., aunque ciertamente criticando la pretensión de estructurar regímenes más eficaces. Por cierto, el argumento supone que la legislación solo va a tener una orientación instrumental a obtener retornos relevantes, en vez de atender a otros valores (proporcionalidad, justicia). Y eso ciertamente puede no ser así en todos los casos, con lo que la suposición puede ser problemática. Hay dos aspectos que hacen que esa suposición tenga sentido. Primero, la racionalidad política. Por presiones electorales, es probable que los políticos busquen presentar que toda reforma penal tiene retornos importantes sancionatorios. Segundo, el hecho de que precisamente esa voluntad expansiva en el output sancionatorio es aquello (ciertamente no exclusivo) que debe ser controlado. Agradezco a un evaluador anónimo este argumento y la necesidad de hacerme cargo.

El primer paso mínimo para la solución del problema que nos interesa consiste entonces en reservar facultades importantes al uso del régimen penal o a un régimen con iguales limitaciones.

3.3 Segunda condición de funcionamiento del *trade-off* racional: posibilidad de control de la elección del régimen

El segundo requisito consiste en establecer modos de control de una o dos clases de la elección del régimen.

Primero es necesario entregarle competencia a algún organismo para establecer la inconstitucionalidad/inaplicabilidad de medidas introducidas a los regímenes concurrentes y que sean, sin embargo, reservadas al sistema penal. El caso obvio, y pese a ello problemático, tiende a concentrarse en la afectación de la libertad personal en forma de encierro y detención: algunos mecanismos concurrentes funcionan precisamente con el objeto de imponer medidas coactivas que incluyen formas de encierro. Ello, como veremos, puede hacer conveniente modelar en varios pasos las restricciones establecidas respecto de regímenes sancionatorios.

El segundo modo de control consiste en entregarle competencias a algún organismo para que determine materialmente que un tipo de sanción o de régimen aparentemente concurrente tiene, en realidad, las mismas exigencias de diseño que el régimen penal y que, con ello, se le aplican las garantías establecidas a propósito de penas. El organismo de control tiene así competencia para determinar con relativa independencia del legislador qué régimen sancionatorio opera en ámbitos determinados.

Este modo de control tiene peligros que son relativamente evidentes. Si dependen del foro, es obvio que los abogados van a argumentar que las garantías se aplican *in toto* a cualquier régimen en que haya movilización litigiosa de alto nivel. Esto es lo que ha tenido lugar entre nosotros. Pero incluso en la experiencia comparada, es difícil encontrar algo así como un criterio consistente de identificación de las razones materiales que llevan a ejercer este control. La tercera sección tematiza precisamente este punto: ¿qué criterios consistentes y eficaces pueden utilizarse para disciplinar en la elección de regímenes sancionatorios?

Ninguna de estas cuestiones afecta directamente a las preguntas, vinculadas por los estándares de diseño y de aplicación de regímenes sancionatorios distintos del penal, incluyendo el problema de la concurrencia de sanciones entre ambos regímenes. En ausencia de reglas especiales, la respuesta más razonable consiste en simplemente aplicar la dogmática general de los derechos fundamentales.

IV. MODOS DE CODIFICACIÓN LEGAL DEL PROBLEMA: DISTRIBUCIÓN DE DERECHOS PROCESALES, EL CONCEPTO DE *MATIÈRE PÉNALE* O LA NATURALIZACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

Como hemos visto, el problema -conocido en distintas tradiciones con distintos nombres- del disciplinamiento en el uso de los regímenes sancionatorios exige como configuración racional mínima el establecimiento de un *trade-off* controlable: la

elección estatal por el uso del mecanismo más intenso debe conllevar la aplicación de más limitaciones, mientras que la elección de los mecanismos que permiten menor afectación puede estar sujeta a menos limitaciones.

En el derecho comparado, distintos arreglos pretenden cumplir este fin. En lo que sigue, pretendo exponer sus lineamientos generales en las versiones más influyentes de derecho comparado: la jurisprudencia sobre *matière pénale* de la Corte Europea de Derechos Humanos; y la jurisprudencia sobre distribución de garantías procesales respecto de *punishment* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.²⁶ Al hacerlo, pretendo dar cuenta de las cuestiones que ambas líneas jurisprudenciales pretenden resolver. En la última sección me referiré a los problemas que enfrentan y los modos de resolver racionalmente estos problemas.

4.1 Prácticas constitucionales comparadas

Dos prácticas constitucionales comparadas son especialmente influyentes en el tratamiento del problema que nos ocupa: la jurisprudencia federal norteamericana y la jurisprudencia europea de derechos humanos.

En los Estados Unidos, la línea argumentativa sobre la que se construye su jurisprudencia es relativamente clara. Como la distribución de garantías procesales, así como la Octava Enmienda en lo referido a modos de sanción prohibidas, se refieren a conceptos tales como *crime* (Quinta Enmienda) o *punishment* (Octava Enmienda), la pregunta constitucional que ha debido enfrentar la Corte dice relación con los procesos a los que se aplican las garantías respectivas. Como tiende a suceder, el problema se juega ante todo respecto a los regímenes sancionatorios concurrentes al penal. La Corte ha asumido, con razón, que las garantías obviamente se aplican cuando hay uso del sistema de justicia penal normal, y que la pregunta se refiere entonces a aquellos casos en que por medio de otros procedimientos un Estado impone una sanción. ¿Deben estos regímenes ser considerados *punishment* para efectos de obligar al Estado en cuestión a respetar las garantías constitucionales?

En el caso central en la materia (*Kennedy v. Mendoza Martínez*),²⁷ la Corte debió decidir si la imposición de la privación “automática” de ciudadanía para quienes eludieran la conscripción militar, en tiempos de guerra, debía ser considerada *punishment* y, con ello, someterse a garantías de debido proceso. La Corte consideró que pese a que no se utilizara ni la burocracia ni las etiquetas del Derecho Penal, se trataba sustancialmente de castigo y, por ello, solo podía ser impuesto tras un debido proceso. El estándar para determinar sustancialmente que se trataba de castigo fue

26 También la jurisprudencia constitucional alemana se ha pronunciado extensamente sobre el punto. Como es habitual, su acercamiento -fijado en lo esencial en su sentencia sobre el derecho contravencional (BVerfGE 27, 18)- es pragmático, dejando espacio a su propia maniobra en los márgenes: las decisiones legislativas respecto al tipo de régimen sancionatorio son vinculantes, en la medida en que no haya interferencia en el ámbito nuclear del derecho penal, lo que debe ser determinado mediante valoraciones globales.

27 *Kennedy v. Mendoza Martínez*, 372 U.S. 144 (1963).

el reconocimiento de una intención de castigo: pena, para efectos constitucionales, es la imposición de una sanción formal con pretensión de castigar aunque el legislador no lo declare así.²⁸

Los casos centrales de la Corte Europea de Derechos Humanos tienen una estructura similar, invocando estructuras parcialmente similares que, sin embargo, llevan a resultados sustancialmente distintos.

Así, en el caso *Engel v. Holanda*, la Corte estableció que, para efectos de la aplicación de las garantías establecidas respecto de casos penales, debían seguirse tres criterios: la clasificación formal bajo la legislación doméstica (penal o no); el tipo de régimen de que se trata (sancionatorio o no); y la severidad del castigo.²⁹ Esto parece ser similar a la jurisprudencia norteamericana (incluso: corregida) y llevar a aplicación allí donde haya una pretensión de “castigo” sustancial. En los hechos, sin embargo, la Corte no parece tomar en consideración de modo relevante la intensidad de la sanción y, a diferencia de la jurisprudencia norteamericana, ha generado una práctica de aplicación diferenciada de garantías.

En efecto, en *Oztürk v. Alemania*, la Corte consideró aplicables las garantías del artículo 6 del Pacto Europeo de Derechos Humanos, referido a materias penales, a la imposición de una multa por infracción contravencional de tránsito.³⁰ En el caso, la República Federal Alemana castigó a un ciudadano turco haciendo uso del procedimiento contravencional establecido por la ordenanza general de 1968, en su versión reformada el año 1974.³¹ De conformidad con este régimen complementario al sistema penal, las sanciones se imponen de modo mucho menos costoso y ni siquiera están sujetas a imposición por parte de la judicatura, sino que son impuestas directamente por la administración. Oztürk reclamó, en base al artículo 6, por el cobro de los costos de traducción en el proceso, alegando que la Convención Europea garantiza que en asuntos penales las traducciones sean costeadas por el Estado. La Corte Europea, siguiendo su jurisprudencia del caso *Engel*, consideró que se trataba de un asunto penal y que por lo mismo debían reembolsarle los costos de traducción a Oztürk. Pero no declaró, en cambio, que el régimen contravencional alemán fuera contrario a las garantías establecidas para procesos penales, pese a que la garantía básica –la pena solo puede imponerse por un tribunal (*Richtervorbehalt* - expreso en el Art. 92 de la Ley Fundamental Alemana)– no era aplicable.³²

28 *Kennedy v. Mendoza Martinez*, 372 U.S. 169 (1963). Sobre la evolución de la jurisprudencia posterior véase solo CHIAO (2018), pp. 189 ss. Para una crítica de la concepción de la Corte Suprema véase RISTROPH (2008), pp. 1353-1406. Esto no quiere decir, por cierto, que respecto de otros regímenes sancionatorios concurrentes, la Corte no aplique estándares a veces similares. De hecho esa inconsistencia en aquello a lo que debiera tender su propia jurisprudencia muestra que la distribución de garantías en base a puro reconocimiento de intención de castigo es insuficiente. Agradezco esta clarificación a un evaluador anónimo.

29 *Engel y otros c. Holanda* (CEDH, 8 de junio de 1976).

30 *Oztürk c. Alemania* (CEDH, 21 de febrero de 1984).

31 Sobre la historia de la ordenanza general de contravenciones, véase GÖHLER, GÜRTLER y SEITZ (2012), Einleitung Nm. 1-14.

32 Al respecto TIEDEMANN (1991), pp. 15 ss.

Las diferencias de cultura legal en ambos ámbitos son fácilmente perceptibles. La Corte Suprema de los Estados Unidos asume que el objeto de su jurisprudencia sobre castigo sirve simplemente para determinar cuándo son aplicables las garantías procesales establecidas en la Constitución que, como cuestión de derecho positivo, se refieren a conceptos propios del lenguaje penal. Como se ve, ella responde así al primer criterio básico de control que vimos en la sección anterior -determinación judicial compulsiva sobre *cuándo* se aplican garantías penales-. La Corte Europea de Derechos Humanos tiene, en cambio, un acercamiento que va más allá. No solo asume que ella debe determinar dónde se reconoce la aplicabilidad *in toto* de garantías procesales penales más allá de las voluntades de los legisladores. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos asume que tiene capacidad de fragmentación de esas garantías y, así, de construcción de un régimen de garantías para procedimientos sancionatorios respecto de los regímenes concurrentes.

En los dos casos, la asunción de las necesidades de disciplinamiento dicen relación con el control que ejercen sobre sistemas jurídicos relativamente independientes. Esto es especialmente obvio en el caso europeo: su agresividad se explica, en parte, porque tiene la necesidad de establecer estándares comunes para una gran cantidad de ordenamientos jurídicos dependientes de culturas legales y, ante todo, políticas muy disímiles. También en Estados Unidos la Corte Suprema ejerce controles de constitucionalidad con pretensiones similares. Pero dado que forman parte de una cultura legal y, en menor medida, política común, esas necesidades de disciplinamiento son menores.

El caso de la Corte Suprema de Estados Unidos es en ese sentido un mejor reflejo de las necesidades que existen respecto de un sistema jurídico federal dependiente de una cultura común o de sistemas unitarios, como generalmente existen en Latinoamérica. Por definición, en sistemas unitarios no hay dispersión de tratamientos, mientras que en sistemas federales dependientes de una cultura legal común la presión al disciplinamiento es comparativamente menor. En ellos se mantiene, por lo mismo, solo el problema de la posibilidad de elusión en la distribución de garantías individuales y en la imposición de constreñimientos legislativos respecto de la imposición de sanciones penales.

¿Es satisfactoria a este respecto la solución norteamericana, consistente en asumir facultades de control a partir de una verificación de la existencia de una voluntad de castigo? En la próxima sección voy a someter a crítica este estándar. La última sección ensaya, en cambio, los contornos de una mejor solución.

4.2 Puntos ciegos

Hay dos razones por las que la solución norteamericana puede ser criticada. La primera es conocida: ella genera consecuencias contraintuitivas en relación a lo que es protegido mediante estándares más intensos. Pero, además, ella no entrega una guía suficiente al legislador en la elección de medios a partir del *trade-off* mínimamente racional.

Los efectos contraintuitivos son fácilmente perceptibles a partir de una comparación de ciertos ámbitos en que, de conformidad con la Corte Suprema

federal, las garantías penales constitucionales deben o no ser usadas. Respecto de asuntos administrativos a los que la Corte no les atribuye pretensión de castigo, las garantías no deben ser reconocidas, con independencia del efecto que tenga sobre la vida de una persona. Así, cuestiones tales como internaciones y tratamientos compulsivos, expulsiones de inmigrantes, pérdida de custodia de hijos o la determinación de los efectos colaterales de una sanción, no se encuentran sujetas a las garantías típicamente aplicables a causas penales. Al revés, procesos sancionatorios con pretensión de castigo contra grandes corporaciones sí se encuentran sujetos a esta clase de limitaciones, aumentando la posibilidad de éxito de agentes que de por sí cuentan con grandes recursos de defensa.³³ Ese carácter contraintuitivo muestra que distribuir garantías procesales sin consideración de los efectos de los procesos a los que se asignan no puede ser razonable.

La falta de deferencia directa de la elección por regímenes y garantías asociadas a regímenes implica que el *trade-off* no puede ser modelado adecuadamente. Aunque en el derecho norteamericano hay desarrollo jurisprudencial respecto a las garantías de debido proceso asociadas a procedimientos penales, administrativos y civiles, la fijación de las condiciones en que se debe aplicar uno y otro no es consistente. La razón es sencilla: la condición de control de que se aplique el sistema más restringido (penal) y no el menos restringido (administrativo) está vinculada a una consideración ideológico-política (voluntad de castigo) y no a sus efectos. Eso genera riesgo de indisciplina: siempre que se quiere renunciar (o esconder hábilmente, como puede tener lugar en el caso de los inmigrantes) a la pretensión ideológica de castigo, se abre la posibilidad de hacer uso de regímenes sancionatorios no sujetos a garantías intensas. No es que el sistema permita hacer más cuando está más limitado, sino que está limitado frente a la presencia de una voluntad específica. Ello deforma el *trade-off*.

4.3. Hacia una solución racional

Una solución racional al problema del disciplinamiento en la elección y diseño de regímenes sancionatorios requiere al menos tres cosas: (a) la diferenciación de al menos dos estándares de diseño y funcionamiento referidos a regímenes sancionatorios; (b) que todos los estándares sean adecuados al tipo de práctica sancionatoria que permiten; (c) y que la elección por uno o por otro se establezca de modo determinante (aunque no necesariamente exclusivo) por la intensidad de afectación sancionatoria permitida por el régimen de que se trata. Un sistema que cumpla con estas condiciones puede denominarse formalista pragmático.

El sistema formalista pragmático descansa sobre dos ideas. La primera -el formalismo- la existencia de clases de regímenes sancionatorios formalmente diferenciados a nivel constitucional.³⁴ Tradicionalmente se ha diferenciado entre

33 En todo véase CHIAO (2018), cap. 6.

34 Esta es la correcta idea que subyace a la, sin embargo, indeterminada jurisprudencia alemana sobre el punto iniciada con BVerfGE 27, 18. Entre nosotros similar, aunque argumentando explícitamente por un sistema administrativo sancionador limitado y con una orientación específica, VAN WEEZEL (2017), pp. 1029 ss.

procesos penales y otros, pero no hay nada que impida establecer más niveles de diferenciación (garantías de regímenes penales, de regímenes contravencionales, de regímenes preventivos, de regímenes administrativo-sancionatorios de alto nivel, etc.). Por supuesto, mientras mayor sea el nivel de diferenciación que contiene un sistema constitucional, mayor es la limitación a las posibilidades de diseño ulteriores –y ello conlleva un riesgo–. Y mientras más diferenciado, mayor el nivel de complejidad –en el sentido de que deben contemplarse garantías adecuadas al tipo de práctica que cada uno de ellos informa–. Eso no impide que, en nuestras condiciones actuales, sea probablemente mejor reconocer varios niveles formales (y dejar algún nivel subsidiario).

El segundo pilar –el pragmatismo, propuesto por Vincent CHIAO, Talia FISCHER e Issachar ROSEN-ZVI en los Estados Unidos–³⁵ descansa sobre la idea de que deben ser consecuencias pragmáticas aquellas que definan, al menos parcialmente, cuándo debe ser usado compulsivamente un régimen (= un conjunto de garantías) más restringido. Esto es: un criterio determinante (pero no excluyente) y controlable de graduación en las garantías aplicables debe ser la afectación de ciertos derechos por sobre otros. El ejemplo tradicional hace referencia a la privación de libertad: su afectación debe implicar necesariamente la elección de una práctica más constreñida en su diseño, con independencia de que haya una voluntad de castigo y de las etiquetas formales que se utilicen.

Por supuesto, si uno quiere combinar el formalismo y la posibilidad de que el legislador elija entre los regímenes formales, con pragmatismo, la intensidad de afectación no puede determinar completamente los estándares que deben ser usados para el diseño y funcionamiento de la práctica sancionatoria.³⁶ Más bien, el diseño de los niveles debe considerar estos aspectos y respecto de ciertas afectaciones -de bienes personalísimos o patrimoniales muy intensas- ciertas clases de regímenes deben ser de aplicación excluyente. Pero la elección por el régimen sancionatorio sigue siendo legislativa: en un caso el legislador puede preferir usar el régimen con mayor carga simbólica y atribución de responsabilidad, en otro puede preferir el régimen más eficiente pero con menor carga simbólica y con un funcionamiento burocrático que no sea el del sistema penal.

Aquí puedo ofrecer de modo exploratorio los contornos de una buena (aunque ambiciosa) configuración constitucional configurada sobre la distinción de tres niveles de regímenes sancionatorios diseñables. El estatuto del derecho penal debiera informar compulsivamente a toda práctica sancionatoria que pretenda privar de libertad por razones retrospectivas - por pura sanción. Ese estatuto podría distinguir niveles y establecer condiciones adicionales respecto de ciertas clases de sujetos (por ejemplo: adolescentes). Ese mismo estatuto podría ser utilizado por razones ideológicas para producir otra clase de sanciones (patrimoniales, restricción de derecho, etc.) - sin que a ese respecto sea compulsiva la elección del nivel en cuestión.

35 CHIAO (2018), cap. 6; ROSEN-ZVI y FISHER (2008), 79-156.

36 En un contexto más centrado en control judicial y referido en menor medida a control de diseño legislativo, esta es sin embargo la propuesta de CHIAO: que los tribunales distribuyan garantías siguiendo directamente el grado de afectación que supone el régimen en cuestión. Esto traiciona la idea de configuración de un trade-off racional y, con ello, el disciplinamiento de la práctica legislativa.

Un segundo estatuto podría regular compulsivamente la aplicación preventiva de regímenes privativos de libertad. Ello podría incluir la regulación preventiva de seguridad (incluyendo cuestiones tales como la custodia de seguridad), siendo de aplicación compulsiva para otras afectaciones de derecho en caso de no existir otra regulación de regímenes preventivos.

Un tercer estatuto podría regular subsidiariamente prácticas sancionatorias administrativas con afectación exclusiva de derechos patrimoniales. La regulación en cuestión podría distinguir entre justicia administrativa sancionatoria de alto nivel y justicia administrativa sancionatoria de masa. Aunque este régimen podría ser utilizado siempre que se quieran imponer sanciones pecuniarias o similares, el legislador podría optar por el régimen penal por razones de conveniencia (por alguna razón le sirve más la burocracia penal) o simbólicas. Su respeto es el mínimo para el funcionamiento de un régimen sancionatorio.

En cada uno de estos estatutos, la combinación entre funciones y permisos sancionatorios —y la graduación compulsiva de su uso— permiten combinar los dos elementos centrales a la solución racional aquí propuesta: el legislador tiene libertad para elegir qué régimen utiliza, pero ello solo dentro de márgenes determinados por los derechos que puede afectar.

V. CONCLUSIONES

Una cuestión central en el derecho constitucional penal, que ha recibido poca atención directa en la literatura en español, dice relación con la determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones constitucionales referidas a las penas en contextos de multiplicidad de regímenes sancionatorios. Como hemos visto, la existencia de regímenes concurrentes tiene —al menos en algunos casos— justificaciones relevantes vinculadas a las limitaciones del Derecho Penal. Pero el reconocimiento de esta multiplicidad de regímenes genera naturalmente problemas de disciplinamiento en el diseño y práctica de los regímenes en cuestión.

En el artículo, he defendido una solución que denomino formalista pragmática, conformada en lo esencial en base a tres principios: el derecho constitucional debe distinguir al menos tres estándares que informen el diseño y práctica de regímenes sancionatorios, pudiendo el legislador optar parcialmente por el uso de uno u otro. Solo en caso de que un umbral determinado de afectación (típicamente: libertad) sea alcanzado, los regímenes más intensos deben ser de aplicación compulsiva. En el resto, el *trade-off* racional dado por la elección de regímenes que permiten más pero son más restringidos y regímenes que permiten menos pero tienen menos limitaciones debiera permitir disciplinamiento suficiente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APPEL, Ivo (1996): *Verfassung Und Strafe* (Berlin: Duncker & Humblot).
- BÄCKER, Matthias (2015): *Kriminalpräventionsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- CHIAO, Vincent (2018): *Criminal Law in the Age of the Administrative State* (New York: Oxford University Press).
- CORDERO, Eduardo (2014), “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 399-439.
- DURÁN, Mario (2011): “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la constitución en el sistema penal”, *Política Criminal* 6:12, 142-62.
- (2016): “La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29 (2016), 275-95.
- FELD, Barry (1993): “Criminalizing the American Juvenile Court”, *Crime and Justice*, 17, 197-280.
- FRISCH, Wolfgang (2007): “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal”, *InDret*, 1-52.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand (2010): “Strafbegründung und Demokratieprinzip”, *Der Staat*, 49, 331-67.
- GÖHLER, Erich, GÜRTLER, Franz and SEITZ, Helmut (2012): *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16th edn (München: C.H. Beck).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2017): “El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 101-38.
- HASSEMER, Winfried (1973): *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (Frankfurt am Main: Athenäum Verlag).
- HORDER, Jeremy (2014): “Bureaucratic “Criminal” Law”, in *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, ed. por R.A. Duff y otros (Oxford/New York: Oxford University Press), pp. 103-31.
- LETELIER, Raúl (2017): “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Política Criminal*, 12:24, 622-89.

- LONDOÑO, Fernando (2014): “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27, 147-67.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): “El principio del *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política Criminal*, 9, 543-63.
- NIETO, Alejandro (1993): *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos).
- OSSANDÓN, María Magdalena (2018): “El legislador y el principio *ne bis in ídem*”, *Política Criminal*, 13:26, 952-1002.
- RAMSAY, Peter (2012): *The Insecurity State* (Oxford: Oxford University Press).
- RISTROPH, Alice (2008): “Intentions and the Law of Punishment”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 98, 1353-1406.
- ROSEN-ZVI, Issachar y FISHER, Talia (2008): “Overcoming Procedural Boundaries”, *Virginia Law Review*, 94, 79-156.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006): *La Expansión del Derecho Penal*, 2ª Edición (Montevideo/Buenos Aires: BdeF).
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2011): “Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutlehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat“, *Goldammer’s Archiv Für Strafrecht*, 653-61.
- TIEDEMANN, Klaus (1991): *Verfassungsrecht und Strafrecht* (Heidelberg: C.F. Müller).
- VAN WEEZEL, Alex (2017): “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, en *Política Criminal* 12:24, pp. 997-1043.
- WILENMANN, Javier (2017): “Control institucional de decisiones legislativas político criminales”, *Estudios Constitucionales*, 15, 389-445.
- : “El Derecho Frente a la Resistencia a la Criminalización”, *Política Criminal* (en prensa).
- WILLIAMS, Glanville (1955): “The Definition of Crime”, *Current Legal Problems*, 8, 107-30.