

## NOTICIAS DE LIBROS

BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN: *Los actos de gobierno, Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Universidad de Piura, Perú, 2003, 209 págs.

1. Dos títulos tiene la monografía que va a ser objeto de las siguientes líneas: el de la portada y el que se encuentra en el interior del libro, donde se matiza de se trata de un estudio «aplicado al ordenamiento peruano». El primero no resulta engañoso pues nos encontramos ante un tratamiento general de una de esas categorías que han interesado a los grandes maestros, provocando, como se encarga de poner de relieve el autor ya en su introducción, uno de los debates clásicos del derecho público. El subtítulo de su aplicación al derecho peruano nos lleva precisamente a la persona del autor, licenciado en derecho por la Universidad de Piura, que ha realizado sus estudios de doctorado en Valladolid, bajo la dirección del Prof. Dr. Martínez López-Muñiz.

El libro constituye la memoria de investigación presentada para la obtención de la suficiencia académica necesaria para completar la primera etapa de los estudios de doctorado. Una nota anecdótica: se nos dice en la contraportada que, para la fase decisiva de la redacción de la tesis doctoral, el autor ha elegido la invalidez, sin duda, otro de esos temas clásicos que interesan a los juristas con mayúsculas. Pero además con el interesante *matiz* de que es analizada en su aplicación a otra de las categorías jurídicas básicas: los contratos públicos.

2. Lo primero que se pregunta el autor es acerca del concepto o categoría del acto político, para concluir que no son otra cosa que actos administrativos discrecionales que se caracterizan sólo por el sujeto del que proceden. Y más aún: con argumentos muy convincentes, nos demuestra que estos últimos son más que suficientes para ejercer el poder de impulso y dirección propio del Gobierno. Así como Jordano Fraga se había preguntado (*REDA* 95, 1997, págs. 417 y sigs.) si la famosa resolución de los papeles del CESID era un jaque mate al acto político, V. Baca nos anuncia el fin de cualquier partida.

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

La desaparición del acto político, en cuanto algo sustancialmente distinto del discrecional, se refleja a lo largo de los cuatro capítulos; es decir, con independencia de su contenido. Pues la estructura del libro tiene carácter circular, en el sentido de que vuelve una y otra vez sobre los dos temas que preocupan a su autor: la distinción entre el Gobierno y la Administración y la (in)existencia del acto de gobierno en cuanto tipo específico de actuación jurídica. Ahora bien, sabe ordenar y sintetizar el material utilizado de tal manera que cuando adopta otras perspectivas de estudio (ahora diremos cuáles son) conocemos la melodía aunque el cambio en la instrumentación hace que siempre nos sorprenda.

Y es muy significativo de lo que piensa el autor, el detallado índice de la obra en el que se refleja también un modo de argumentar. Pero para explicar mejor esta afirmación, podemos hacer un recorrido por los principales apartados.

3. En «*La discusión en torno a los actos de Gobierno en España*» (Capítulo I), que introduce con la descripción de las normas jurídicas promulgadas desde 1888, recoge en primer lugar las teorías de aquéllos que defienden la categoría específica de acto político para pasar, en segundo término, a describir las de los autores que la niegan. Y decimos que sólo del índice ya se desprende su opinión, puesto que así como los apartados —típicos— de los defensores del acto político resultan neutros (distinción subjetiva y funcional entre Gobierno y Administración), cuando analiza la posición de los negadores ya nos anuncia en el propio índice que la categoría es inútil para explicar su régimen jurídico e innecesaria en su aplicación a las relaciones internacionales o a las actuaciones del Gobierno relacionadas con las Cortes Generales, cerrando el capítulo con la argumentación de Martínez López-Muñiz según la cual, «lo que exige el Estado de Derecho es que sean controlables los actos que expresen de forma definitiva la voluntad del Estado y afecten a derechos subjetivos o a intereses legítimos» (pág. 83). Es decir, basta con acudir a teoría general del acto administrativo para explicar la inimpugnabilidad (son actos de trámite, no hay personas legitimadas para impugnar, etc.) de determinadas decisiones o actuaciones del Gobierno.

Cuando, en el Capítulo II aborda lo que con excesiva modestia titula «*Una nota (necesariamente incompleta e insuficiente) sobre los actos de gobierno en el Derecho Francés*», invierte la presentación del tratamiento doctrinal de la teoría en España. En efecto, en este caso, comienza por exponer las tesis de quienes la rechazan, deteniéndose de forma particular en Duguít, Berthélemy y, sobre todo, Duez (*Les actes de gouvernement*, Paris, 1935). Se muestra especialmente seducido por este último autor que ya demuestra uno de los dos ejes de la argumentación de Baca Oneto: que los actos de gobierno son una categoría de actos discrecionales. La separación entre Gobierno y Administración no es objeto de tratamiento en el derecho francés, puesto que allí la polémica se centra en el control jurisdiccional.

La perspectiva subjetiva del análisis del acto de gobierno, o la separación entre el Gobierno y la Administración, será de nuevo objeto de estudio en el Capítulo III, que se denomina «*Un intento de (des) construcción personal*». También en este momento vuelve a abordar el régimen jurídico de los actos, aunque ahora desde la perspectiva de la falta de separación orgánica entre la Administración y el Gobierno, que es ante

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

todo la *cabeza* de aquélla. Otra vez se nos pone de relieve que es imposible contraponer la «función de gobierno» a la «función administrativa» porque los criterios utilizados para definirlos son diferentes y porque entre las formas de gobernar se encuentra, sin duda, la emisión de actos administrativos (pensemos en el famoso nombramiento del Fiscal General del Estado o en la modificación del estatuto de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones para trasladar su sede a Barcelona).

4. Es muy interesante la lectura del cuarto y último Capítulo que constituye un «Análisis del ordenamiento peruano: la inexistencia de un régimen jurídico autónomo para los actos de Gobierno». Y aquí ya se atreve a concluir que en Perú la categoría autónoma de actos de Gobierno es inexistente.

Recientemente se ha publicado en la Revista de la Administración Pública una crónica de Díez Sánchez, titulada «Comentarios en torno a la Ley del proceso contencioso-administrativo del Perú» [*RAP*, 165 (2004), págs. 327 y sigs.], donde se explica la peculiar estructura del sistema de control judicial de la Administración. Pues, en Perú, junto al procedimiento contencioso, que está configurado como proceso de plena jurisdicción y que se ventila ante una incipiente jurisdicción especializada, que tiene su origen en la Ley 27584 del proceso contencioso-administrativo de 7 de diciembre de 2001 (vid. A. ABRUÑA PUYOL: *La validez del acto administrativo en el Derecho peruano*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2002), se encuentran varios procesos constitucionales que, al estilo anglosajón, sirven para ejercer acciones específicas: *habeas corpus*, *habeas data*, proceso de amparo, acción popular, acción de cumplimiento, acción de inconstitucionalidad y conflictos de competencias y atribuciones. Díez Sánchez nos dice que no corresponde a la jurisdicción los actos de gobierno (pág. 337) mientras que V. Baca matiza que cuando éstos producen efectos jurídicos no existe ninguna razón de orden legal que permita declarar que están exentos de control.

Esto es: el par de conceptos que también en Perú está superado, y lo decimos con la contundencia de Baca Oneto, es el de *impugnación* de acto político = *inadmisión* del recurso. Los jueces tienen que verificar que hay elementos reglados (controlables) y que existe un fondo de decisión fuertemente político, en el que ya no cabe entrar, aunque sólo sea porque en él no aparecen los *elementos jurídicamente asequibles* a que se refiere nuestra jurisprudencia

5. Y, por cierto, al repasar nuestra reciente jurisprudencia para hacer esta recensión, me encuentro con una línea uniforme, incluso aburrida, por lo conocida. No obstante, el Auto del Tribunal Supremo de enero de 2004 en el que se alega la falta de legitimación de un militar para impugnar el envío de las tropas a Irak, ha sido comentado críticamente por Oriol MIR PUIGPELAT en la *RAP*, 164 (2004), pág. 241, para poner de relieve que «expulsados por la puerta los actos políticos parecen entrar por la ventana de la legitimación, más incontrolables que antes». Tal vez con este comentario —que es muy breve— se nos quiera llevar al extremo de la defensa de una acción pública en relación con los altos temas de gobierno. O sin más, que sea una provocación —ya lanzada por otros autores— para llamar la atención sobre uno de los temas de actualidad en el Derecho administrativo: la legitimación (y no sólo en su reflejo sobre el acto de gobierno).

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

No podemos desconocer la última —y llamativa— jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que prácticamente desaparece la exigencia para los sindicatos de justificar la legitimación *ad casum* (STC 112/2004), y en la que se identifica el control político de los concejales con la legitimación para la impugnación jurisdiccional de los actos del municipio (STC 173/2004). Pues al margen de las razones que se han podido aventurar (PULIDO QUECEDO, en un artículo publicado en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 20/2004, BIB 2004\1648, titulado «La legitimación de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo» apunta a una influencia excesiva de los magistrados con formación laboralista del TC), es una tendencia que empieza a encontrar su eco en la jurisdicción contenciosa. Por poner un solo ejemplo: por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 se ha anulado el Plan Hidrológico del Júcar y se condena al Estado a *desmantelar* la Confederación Hidrográfica de esta cuenca para traspasar las competencias a las Comunidades Autónomas, que dicho sea de paso no han llegado a hacer ninguna *vindicatio potestatis*. El recurso se interpuso por la Fundación para el progreso de Albacete, cuya legitimación no fue cuestionada en vía de instancia ante la Audiencia Nacional y sobre la que, por tanto, no pudo entrar el TS en casación.

Sin perjuicio de que sea un tema sobre el que puede ser más conveniente el debate que la provocación, cabe recordar que la universalidad del control judicial tiene su apoyo en los arts. 106 y 24 de la Constitución que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva *para los derechos e intereses legítimos*. Cuando estos intereses no están en juego porque sólo hay una defensa abstracta de la legalidad, acaso una interpretación prudente de las reglas de juego —o el miedo a morir de éxito— nos deba invitar a reflexionar sobre la posibilidad de reconocimiento legal, expreso y generalizado, en la Ley de la Jurisdicción contenciosa de una acción pública; o quizá, a plantearnos, frente a lo defendido por JORDANO FRAGA (en el comentario jurisprudencial citado, pág. 425), si es adecuado llegar a identificar la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos con la observancia de la legalidad. A la vista del colapso que sufren nuestros tribunales, igual el precio a pagar —y no me refiero únicamente al riesgo de judicialización de la vida política— sea demasiado alto.

6. Monografías como ésta nos siguen confirmando los fuertes vínculos que unen a algunos de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos y la importancia del establecimiento de cauces y vías de comunicación recíproca. Para mí, además, este enfoque comparado (derechos español, francés y peruano) es un excelente banco de pruebas para confrontar la bondad de teorías que nacen en Francia, crecen en nuestro suelo y se aplican en la práctica de los derechos que están en una fase distinta de su proceso de maduración.

En Perú, una sólida investigación en la que se afirme con rotundidad la importancia del control jurídico del Gobierno, resulta una de las muchas piezas que siguen siendo imprescindibles para la nunca acabada construcción del Estado de derecho. Pues, en palabras de García de Enterría (cito por la 5.ª ed., de Civitas de Democracia, Jueces y Control de la administración, pág. 160), «el Estado de derecho es necesariamente un Estado de Justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

etéreo o evanescente, justicia frente a la cual el poder público no pueden pretender ninguna inmunidad».—*Isabel Caro-Patón Carmona.*

A. RUIZ ROBLEDO: *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 498 págs.

Como expresa acertadamente en el prólogo el profesor Javier Pérez Royo, nunca desde el Derecho Constitucional, se ha dedicado al estudio del principio de legalidad punitiva (penal y administrativa) una investigación del alcance en exhaustividad y erudición, como la que ha llevado a cabo el profesor Agustín Ruiz Robledo, en el libro que se comenta.

Puedo dar fe de ello, pues si bien en mi tesis doctoral (*El Derecho Sancionador Administrativo y Constitución*, Marcial Pons, 1997) realicé una investigación del tema, lo limité en el tiempo, desde la Constitución de Cádiz de 1812 y en el espacio, a la aplicación del mismo al derecho sancionador administrativo, por lo que al conocer la obra de Ruiz Robledo, he tenido la satisfacción de comprobar cómo su aportación desde el Derecho Constitucional al estudio del principio de legalidad punitiva, no sólo ha continuado profundizando en el tema, sino que ha completado las perspectivas, que desde cualquier rama del conocimiento jurídico, pudieran suscitarse, respecto a ese importante derecho fundamental.

1. Aborda el autor el estudio del principio previsto en el art. 25 de la CE, comenzando por justificar —innecesariamente a mi juicio— su incursión como constitucionalista en una materia, presuntamente reservada a los penalistas ya que, como él mismo afirma, existen tres razones de peso para ello: *a)* la general por tratarse de un derecho fundamental; *b)* por el carácter de Derecho Común del Derecho Constitucional y, *c)* por la inescindible imbricación de la jurisdicción ordinaria y la constitucional en su tratamiento. A estas razones, se podría añadir una cuarta: la necesidad de la superación de viejos y artificiales corsés en el ámbito del derecho público y la efectiva aplicación a la investigación jurídica del derecho a la libertad científica del art. 20 de la CE.

2. Desarrolla su trabajo en el Capítulo I, con una extensísima y profunda investigación histórica en busca del origen del principio de legalidad, que le lleva, haciendo gala de una importante formación y manejo de fuentes histórico-jurídicas, hasta el Derecho Romano analizando, aparte de los habituales textos proto-constitucionales, otros precedentes, incluso del frecuentemente olvidado derecho medieval patrio; esfuerzo sumamente interesante, pues los que nos hemos ocupado de este tema, siempre hemos puesto la frontera inicial de la investigación, en los orígenes del Estado Constitucional. En su análisis de nuestra historia constitucional, llega a la conclusión de la débil protección a este principio y la reiterada utilización de las normas reglamentarias para la promulgación de normas penales y sancionadoras administrativas. También desarrolla la evolución histórica de la dogmática sobre este principio, destacando la faceta de juristas integrales, de ordinario restringidos al derecho penal, como

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Cesare Beccaria, al que otorga mas importancia dogmática que a Anselm Feuerbach, —considerado como el padre del moderno Derecho Penal— en la formulación del principio de legalidad punitiva.

3. En el capítulo II de la obra, metido ya en la faena del derecho positivo, estudia el art. 25 CE, dejando sentado la necesidad de una ley orgánica para la satisfacción del principio de legalidad en el ámbito penal. En consecuencia, estudia el espacio de la potestad reglamentaria en el derecho sancionador administrativo y su reconocida mayor amplitud en las relaciones de sujeción especial. En el concreto y debatido tema de la aplicación del principio de legalidad a la potestad sancionadora administrativa de los entes que constituyen la administración local, el autor se limita a exponer las posturas doctrinales divergentes, aunque termina predicando la necesidad de regular la cobertura legal de su ejercicio; bien por una ley especial, o por una reforma de la Ley de Bases de Régimen Local (1). Culmina su estudio de la legalidad formal, con su aplicación a normas sancionadoras pre-constitucionales y los límites de la irretroactividad de las leyes punitivas.

4. En el capítulo III estudia la vertiente material del principio de legalidad la tipicidad, con una exhaustiva cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina comparada, especialmente en la importante y decisiva cuestión de los tipos abiertos o genéricos, tanto en el ámbito penal como en el administrativo-sancionador; extendiendo su estudio a los supuestos de disciplina de las profesiones liberales o funcionarios y el juego ley-reglamento en la tipificación de la conducta infractora. Pero el autor no se queda ahí, sino que en su afán por escudriñar con exhaustividad todos los problemas relacionados con el objeto de su investigación desarrolla cuál es el margen interpretativo de los Tribunales en el proceso de subsunción de los hechos con las normas punitivas así como los límites de su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional; concluyendo que el juez: *a)* Tiene un margen de discrecionalidad en cuanto a su función juzgadora y el principio de legalidad. *b)* El TC tiene el papel de tutelar la aplicación por los tribunales de la norma a la conducta. *c)* Está prohibida la analogía en el derecho punitivo. *d)* No cabe predicar el fraude de ley en la interpretación de normas punitivas. *e)* Los cambios de criterio de los Tribunales en la interpretación de las normas punitivas, deben efectuarse con sumo cuidado de no traspasar la frontera entre la interpretación y la creación del derecho.

5. Aborda también el autor la vertiente temporal del principio de legalidad, el *non bis in idem*, entre tipos penales y penales con sanciones administrativas, así como

---

(1) La posición doctrinal de los autores, como el respetado A. Nieto, que mantienen que el principio de legalidad de los entes locales debería modularse, por entender que el origen democrático directo de los componentes de sus órganos plenarios, le hacían equiparables al fundamento de legitimidad democrática directa de las leyes de los poderes legislativos parlamentarios, tesis a la que me opuse en su día, y que debe quedar superada a partir de la jurisprudencia del TC que comienza con las STC 52/2003, 161/2003, 193/2003 y 16/2004, entre otras, y la reciente modificación de la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley de 17 diciembre 2003, de Medidas para la modernización del gobierno local, arts. 139 a 141, que han despejado esa cuestión, exigiendo que el principio de legalidad formal, se aplique con igual rigor, al ejercicio por los entes locales de su potestad sancionadora.

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

su relación con la reincidencia con profusión de citas jurisprudenciales, concluyendo que el problema de la doble punibilidad requiere una aclaración legislativa, en especial sobre sus consecuencias respecto de las sanciones disciplinarias, en las relaciones de sujeción especial.

Culminando esta parte con el estudio con la problemática y aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y las sanciones.

6. En la tercera parte de su obra (Capítulo IV) aborda una cuestión en la que se convierte en punta de lanza para futuras reflexiones, el estudio de la aplicación de los principios depurados, que garantizan el derecho penal y el sancionador administrativo que han sido exhaustivamente desarrollados en las páginas precedentes, a aquellas actuaciones de los poderes públicos limitativas de derechos y cuasiretributivas de conductas antijurídicas, en las que puede caber la duda de su calificación como condena penal o sanción administrativa, a los efectos del cumplimiento de los principios de legalidad formal y material del art. 25 CE y los procesales del art. 24 CE haciendo referencia a una serie de imposiciones a los ciudadanos de hacer, de no hacer y pagos monetarios, que hasta la fecha no han sido reconocidos en el depurado concepto de pena o sanción, pero que por su carácter aflictivo, suponen una interesante aportación para abrir nuevas líneas de estudios e investigación. En concreto el posible carácter sancionador de: *a)* La responsabilidad civil subsidiaria por comisión de delitos. *b)* La prohibición judicial del uso de la propiedad. *c)* El despido disciplinario. *d)* Las sanciones en el régimen de las asociaciones. *e)* Las condenas en costas. *f)* Las medidas provisionales. *g)* Los intereses de demora en los recargos tributarios. *h)* La ejecución forzosa. *i)* La expropiación-sanción. *j)* La revocación-sanción de las autorizaciones administrativas. A los que podemos añadir, por nuestra cuenta, las órdenes de ejecución, las multas coercitivas, etc.

En suma, que la obra que se comenta, resulta, no sólo una importante aportación investigadora a la ciencia jurídica, sino que es enormemente práctica, pues ofrece valiosa información, jurisprudencial y doctrinal para los operadores jurídicos que trabajan con expedientes sancionadores o procesos penales.—*Antonio Domínguez Vila.*