

## RECENSIÓN

**Gonzalo Cruz Sandoval<sup>1</sup>\***

Profesor de Derecho Administrativo y Argumentación Jurídica en la Universidad Privada del Norte, Sede Trujillo; Posgrado en Derecho Administrativo Ambiental por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España); Posgrado en Derecho Constitucional y Tutela Procesal por la Universidad de Pisa (Italia); Especialidad del Derechos Fundamentales por el Instituto Bartolomé de las Casas y la Fundación Gregorio Peces Barba de la Universidad Carlos III de Madrid; Miembro de la Comisión de Derecho Administrativo y Constitucional del Colegio de Abogados de La Libertad.

**Parejo Alfonso, Luciano y otros, La protección de los derechos frente al poder de la administración: Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Bogotá: Editorial Fundación Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2014, ISBN 10: 958351022X, ISBN-13: 978-9583510229**

Dentro del estudio sistemático como teórico del Derecho Administrativo, existen una serie de puntos de coincidencia respecto a otras disciplinas jurídicas; éstas pueden en determinados casos llenar de contenido a las diversas categorías jurídicas del Derecho Administrativo, incluso en su versión procesal. Ello queda claro no puede ser nocivo, muy por el contrario mejora el entendimiento y aplicación de la normatividad administrativa y con ello desde luego se puede pretender estándares más óptimos de atención en la justicia administrativa.

De manera antinómica a lo argumentado líneas arriba, con otras ramificaciones jurídicas – como resulta ser el caso del Derecho Penal –la vinculación resulta frecuentemente tensa y quizá invasiva (es una de las ideas del autor cuyo trabajo se recensiona), produciendo en los últimos tiempos sendos debates teóricos preocupados justamente por esta vinculación del Derecho Administrativo. Ello bajo la vieja idea de que la punición es una de las protagónicas herramientas con las que cuenta el Estado, se ha venido entendiendo a lo largo de muchas décadas (posiblemente esto implica un error de concepción), que su aplicación es “similar” tanto en el Derecho Administrativo Sancionador, como en la justicia que se imparte en materia penal. Por cierto, este asunto ha sido y es una tarea pendiente no únicamente en la experiencia europea –especialmente en España –sino que, como resulta explicable tal estado de cosas hoy en día subsiste en los distintos ordenamientos jurídicos a nivel de América latina. En esa misma línea de argumentación, resulta preciso señalar que en la península ibérica a inicio de la década de los años noventa, y sin perjuicio de algunos trabajos similares publicados con anterioridad, el profesor español Alejandro Nieto García publicó una monumental obra titulada DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, de cuyo estudio principalmente se advierte la necesidad de profundizar el Derecho Administrativo Sancionador, desde una perspectiva indudablemente autónoma respecto del Derecho Penal lo cual marca a nivel doctrinario (en la reservada apreciación del suscrito), un derrotero para aclarar o instalar líneas limítrofes a nivel teórico entre el Derecho Administrativo Sancionador y la punición desde la óptica realizada por el Derecho Penal.

Tras la lamentable desaparición física de GARCÍA DE ENTERRÍA, muchos han sido los estudios que le han rendido homenaje, tanto de forma individual como colectiva, justamente uno de los trabajos dedicados al mítico jurista de Cantabria (donde se encuentra el trabajo recensionado) fue publicado en el año 2014, coordinado de forma prolija por los profesores

1 \* Con afecto y gratitud a A.H., por las horas robadas, los motivos diarios y las aventuras pendientes.

Allan R. Brewer-Carías; Libardo Rodríguez Rodríguez y Luciano Parejo Alfonso. Justamente este último jurista interviene con un trabajo, en el cual lanza el planteamiento –entre otros cuestionamientos que iremos señalando– sobre la necesidad de repensar la condición teórica y pragmática de la sanción administrativa, pues se considera la tesis de que el Derecho Administrativo está ciertamente lejos de poder concretizar de forma pacífica la ocupación de algunas materias que esta especialidad irrumpe, o mejor dicho con la que se relaciona. Así pues, esta articulación de contacto si bien es cierto se suscita (como lo señalamos ya) con otras ramas de Derecho, con el Derecho Penal –entre otros puntos de conflicto– se da en el empleo frente a la trasgresión del ordenamiento jurídico, la tratativa de la sanción penal y la sanción administrativa confusa por cierto y con algunas tareas pendientes. Una de las referidas tareas incluso, implicaría la posibilidad de asumir plenamente el carácter administrativo de la potestad sancionadora, y con este se brindaría temporal panacea a la dificultad de tener un régimen general de unificación de la sanción administrativa. El sugerente trabajo aborda de forma muy analítica como crítica, algunos puntos que vamos a referir y sobre los cuales apuntaremos determinadas ideas para mejor comprensión de su contenido.

El primer punto abordado por el autor, se ha denominado excursus sobre la evolución de la relación del derecho administrativo el penal y su estado actual; siendo que, en esta parte de su tesis postulada el autor recuenta que es ya tradicional el enfoque de conexión que estas dos disciplinas han mantenido a lo largo de mucho tiempo, incluso cuando en el estudio de su ámbito de tratativa, ambas se han ocupado de la represión de acciones u omisiones y su respectiva tipificación desde luego, de las conductas de los actores de una sociedad a niveles incluso que, como corresponde, el ius puniendi del que parte su legitimación ha traído problemas de entendimiento. De igual forma, las referidas disciplinas también han mostrado atención a la prevención de riesgos y peligros de lesión o perturbación de la seguridad y el orden. Claro, el legislador de igual modo ha contribuido (de forma protagónica) a tales mezclas confusas e inoperantes en una realidad jurídica, -a través de una hemorrágica normativización –bajo la necesidad de afianzar a niveles exorbitantes, la regulación y aseguramiento del control social. En un primer momento, el asunto ha estado dotado de cierta normalidad, pues en un escenario de normativización del control social, ha sido preferente la utilización del Derecho Administrativo Sancionador (teniendo como premisa la mínima intervención), en los últimos tiempos tal estado de cosas ha sufrido una preocupante inversión, pues ha ocurrido una marcada criminalización de supuestos de hechos, que en un primer momento tenían un abordaje con técnicas jurídico – administrativas.

En ese sentido, ¿qué se ha suscitado ante tal circunstancia?: **a)** Una utilización casi universal de la valoración penal de las relaciones sociales con el avance de la criminalización de la infracción penal, abandonando con ello la aplicación del principio de mínima intervención o última ratio; de forma similar, **b)** se ha alterado la seguridad jurídica como principio de un ordenamiento jurídico, pues se ha trastocado la autonomía de las relaciones jurídicas en un sistema normativo en donde debería existir unidad y coherencia; esto es, una marcada ausencia de contradicciones internas dentro del plexo normativo. El autor sostiene además, que en la necesidad de la evolución del Derecho Penal, su autonomía y necesidad de represión ante marcadas circunstancias delictivas, ha ocurrido también una independización del Derecho Penal de un verdadero control constitucional y su consecuente desbordamiento de los principios que habían asegurado proverbialmente la adecuada concretización de la actividad penal, es el caso de la excepcionalidad de las de cláusulas en blanco o muy abiertas y la intervención mínima: torrente al que se adhiere la utilización local administrativa para tipificar ilícitos de carácter penal.

En seguida, el trabajo del jurista español, en un punto (resulta ser el aspecto medular de la

entrega) denominado: el necesario cuestionamiento de la sanción como manifestación de un inexistente “ius puniendi” del Estado. La reivindicación de la condición administrativa de la potestad sancionadora; argumenta sobre la necesidad de reivindicar el estatus de la sanción administrativa frente a la compleja concepción del ius puniendi estatal y las tensiones con el Derecho Penal que de aquella se derivan de forma confusa, pues resulta verosímil –aunque no ha sido una tarea sencilla –que la vieja búsqueda de la clave ontológica para distinguir la sanción de la pena, ha implicado (desde luego esto puede ser erróneo) afirmar de la primera (sanción) que es una suerte de injerto penal en la planta administrativa hasta que desempeña una función complementaria en la represión del ilícito. Esto desde luego, se entiende que lejos de haber contenido su vis expansiva en el campo propiamente administrativo, le ha potenciado a niveles tales de ser negativa toda acción de la administración frente a sus destinatarios. Para mayor abarcamiento de la cuestión planteada, se ha vuelto a incidir en la relación de tensión existente entre el Derecho Penal y el Administrativo, resaltando que no existe mucha claridad por lo que hace a la identidad o diferencia entre el Derecho Penal y el sancionador administrativo, en la medida en que la afirmación de su distinción, cuando se hace, se matiza rápidamente, bien señalando la apuntada complementariedad, bien remitiendo las diferencias al plano de las garantías. Esto último como resulta evidente, hace ver que la disciplina de administrativa se encuentre penetrada por los principios básicos del Derecho Penal.

El planteamiento que se realiza en este punto desarrollado, trae una necesaria discusión (creemos que pone en tela de juicio el ius puniendi como acción administrativa) sobre el **ius puniendi estatal** que el autor concreta con mucha suficiencia, pues en el trabajo se hace mención de forma remisiva a la construcción teórica y dogmática del Estado y el ejercicio de su ius puniendi, manifestando con prolijidad que esos aportes propios de la evolución constitucional germana, ha sido edificada bajo el principio monárquico, el mismo que ha tenido como objetivo la juridificación del Estado mediante la afirmación de su personalidad –como titular de derechos –(lo cual ya es discutido hoy en día) y también con sus autolimitaciones, pues se apunta a la idea que la subordinación no es hoy en día quizá una característica que regule la relación de la ciudadanía frente al Estado, de hecho, tanto el Poder Público como los ciudadanos están sometidos al Estado de Derecho, pero ello de ninguna manera puede significar una sujeción ciudadana a los poderes, pues estos en rigor están al servicio de aquellos, debiendo el Estado fomentar los derechos, libertades y garantías. Si esto es entendido de esta manera, y ya con una reformulación distinta del orden constitucional, es evidente el cuestionamiento a la identidad de naturaleza entre la pena y la sanción administrativa; dado que, debe entenderse a esta como una técnica más utilizada por la Administración Pública para la ejecución de las políticas públicas.

En esta cuestión referida, resulta necesario dejar sentado que en el orden constitucional actual, tanto la potestad punitiva penal (ejercida ante el poder judicial) y la sancionadora administrativa tienen un núcleo casi propio, la pena gira en torno a la retribución por la afectación de bienes cuya valoración jurídica alcanzan estándares de privación de la libertad personal; por el contrario de la sanción administrativa, pues esta tiene una clara orientación a la corrección de conductas de los individuos que han resultado comprometiendo la ejecución de la programación de las políticas públicas del Estado. De allí, que pueda perfectamente inferirse la idea de que la sanción administrativa será legítima y compatible con una concepción (como la señalada anteriormente) del Estado, cuando se ejerza como mecanismo de control social, pero servil del cumplimiento de las políticas públicas y no motivadas -como si es el caso de las penas -por una intencionalidad punitiva en estricto, además de la propia finalidad y estructura normativa de la misma.

No resulta menos importante, resaltar, que de acuerdo con la regulación de la Constitución

española (esto de igual forma ocurre en el Perú), no hay líneas de dirección que permitan singularizar la potestad sancionadora de la acción ejecutiva de la Administración Pública, pues al Gobierno le está atribuida la función ejecutiva y la potestad reglamentaria; y en rigor, para la Administración Pública se ha reservado la actuación funcional de acuerdo con los principios de eficacia; jerarquía; descentralización; desconcentración y coordinación. No existe de manera expresa disposición sobre la sanción de las infracciones.

Finalmente, el trabajo revisado, como corresponde a lo sustancioso de su contenido, formula algunas inquietudes a título de tareas pendientes a efectos de lograr la reconstrucción dogmática del régimen de la sanción administrativa. Una primera aproximación reflexiva, resulta de postular -como se ha hecho ver en las primeras líneas -de forma tentativa la posibilidad de tener un régimen general en cuanto al Derecho Administrativo Sancionador, claro con la salvedad y cuidado al no desconocer que el ejercicio sancionador también debe estar conforme a cada política pública en una estructura organizacional del Derecho Administrativo; sin embargo, la finalidad esencial (postulada en el trabajo recensionado) de este pendiente estaría condicionado por dos aspectos: **i)** una clara fijación de las características y límites de la sanción administrativa que imposibiliten su confusión con simples consecuencias negativas derivadas del derecho material. Esto para evitar una posible conversión de la sanción en una punición alternativa a la penal, así como evitar la interferencia con otras respuestas administrativas a las trasgresiones notables del orden social; y **ii)** la posibilidad de superar una deficiente regulación respecto de facultades de investigación y obtención de pruebas, el levantamiento de actas de parte de los servidores de la administración; y además, una probable regulación sobre la potestad de supervisión o vigilancia, pero claro prima facie tendría que dejarse muy en claro que estamos ante potestades que le corresponden al Estado para el cumplimiento de sus fines.

En la experiencia peruana, tal como se advirtió ya, existen muchos puntos estructurales en el ordenamiento jurídico, en donde estos encuentros tensionales entre el Derecho Penal y el sancionador ha cogido singular notoriedad, uno de esos puntos álgidos hoy en día descansa sobre la base de la corrupción del funcionario público, que incluso tal situación -lamentable desde luego -ha desnudado la necesidad de replantear la estructuración normativa administrativa, pero además reivindicar sobre todo, la tratativa de determinadas conductas de los referidos actores de la Administración, bajo técnicas jurídico-administrativas, pues consideramos que el desbordamiento del Derecho Penal ha irrumpido (a nivel dogmático y práctico) los límites funcionales del Derecho Administrativo. Desde luego, esto no significa indiferencia a la punición penal cuando corresponda, pues no es menos cierto que la realidad que está tocando afrontar sobre corrupción, requiere también una respuesta del Derecho Penal. Solicitamos, que no se trata de una subrogación de la tratativa administrativa por la penal, sino un replanteamiento para ordenar las categorías jurídicas dentro de lo que teóricamente corresponda.