

APLICACIÓN DE GARANTÍAS DE ORDEN PENAL EN EL DERECHO SANCIONADOR

Roberto OLIVA*

SUMARIO: I. *Actividad represiva de la administración.* II. *Principio de legalidad.* III. *La tipicidad.* IV. *Culpabilidad.* V. *Garantías procesales o adjetivas.* VI. *Nulla poena sine iudicio.* VII. *Presunción de inocencia.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. ACTIVIDAD REPRESIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

En la actualidad, la aceptación de que la administración pública detenta el derecho de castigar a los administrados dista mucho de unanimidad. Buena parte de la familia jurídica estima que el ejercicio del *ius puniendi* debe residir exclusivamente en el Poder Judicial, acreditando al involucrado el derecho de su día en Corte, como dirían en el derecho anglosajón.

La teoría de la división de poderes debida al genio de Montesquieu, expuesta en el capítulo VI del libro undécimo de la Constitución de Inglaterra, al asignar las funciones a los diversos poderes, concluye: en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último Poder Judicial, y al otro, Poder Ejecutivo del Estado.¹

* Miembro fundador y socio de la firma de Abogados Oliva y Oliva, dedicándose fundamentalmente a la elaboración y sustanciación de procesos contenciosos-administrativos y procesos constitucionales, así como brindar asesoría relacionada con el derecho público.

¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1982.

Lo del Espíritu de las leyes no fue novedad, en aquella época, sus antecedentes se remontan a la Carta Magna en su artículo 2o., a la que los barones ingleses sometieron a Juan sin tierra, consistente en que ningún hombre libre pudiera ser detenido, preso, exilado, ni de algún modo arruinado (*nullum libre homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlagetur aut exuletur aut alique modo detructur*), sino por *legale iudicium parium* y según la *lex terrae*. De este precepto —uno de los más prestigiosos del derecho constitucional anglosajón— trae su origen la institución del jurado y la incapacidad represiva del monarca y del ejecutivo.²

El derecho francés todavía resiste la embestida de la tendencia de dotar a las administraciones públicas de potestades cada vez más amplias en materia represiva. En el derecho francés, en el que, como dice Rivero, «*la tradición liberal prohíbe al ejecutivo entrar en el campo de la represión*», los jueces y tribunales monopolizan también la punición de las conductas, cuando éstas afectan a la legislación administrativa, a través de los tribunales de policía dentro de la justicia penal —en el que se da una triple clasificación de las conductas punibles: crímenes, delitos y contravenciones; y tres clases de tribunales: los citados de policía, los tribunales correccionales y los tribunales para los crímenes— o del llamado *contencioso de represión* en la Jurisdicción administrativa.³

Debe reconocerse que el derecho comparado se orienta quizá irreversiblemente a proveer a la administración pública de potestades punitivas, cada vez con mayor amplitud. En los diversos países cada ley contiene un título o capítulo dedicado exclusivamente a la actividad de imponer castigos a los ciudadanos, especialmente tratándose de entes reguladores, en que la gravedad y variedad de las sanciones carece de límites precisos. ¿Cómo se llegó a este estadio? ¿Por qué esa dualidad represora del Estado en delitos y penas, por un lado, e infracciones y sanciones administrativas, por el otro?

Este problema surgió a consecuencia del mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del derecho penal legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium*), desde los orígenes mismos de la Revolución francesa (el primer Código Penal fue el francés de 1791, dictado en aplicación de los principios penales contenidos en la Declaración de Derechos de 1789, código sustituido luego por el de 1810, no sustituido hasta recientemente). Las monarquías del XIX, aun las más alejadas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero

² Parada, Ramón, *Derecho administrativo I*, Parte general, 9a. ed., Marcial Pons, 1997.

³ *Idem*.

no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios, en virtud del viejo principio que en el siglo XVII expresaba así Domat: *L'Administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice*.

La última raíz de este problema es una herencia del Antiguo Régimen, y se encuentra en la imprecisa diferenciación de los órganos gubernativos y judiciales. El régimen constitucional al separar cuidadosamente ambos poderes, “casi” resolvió el problema; pero no del todo, puesto que dejó algunos extremos pendientes, como es cabalmente este de la función sancionadora.

Las causas próximas y más concretas de la dificultad se derivan, por un lado y tal como se ha indicado, del hecho de la doble tipificación de las infracciones, y, por otro, de la organización también dual de los órganos sancionadores.

En cuanto a las faltas o infracciones, en ocasiones aparecen en uno de estos dos bloques normativos: o bien en el Código penal o bien en los reglamentos generales o particulares. Si tal sucede, no hay problema. Pero este surge inevitablemente cuando los mismos hechos se encuentran tipificados *simultáneamente* en ambos sectores del ordenamiento jurídico; de donde resulta que no se sabe si son faltas penales, infracciones administrativas o ambas cosas a la vez.

Conste, por lo demás, que el problema no es teórico sino eminentemente práctico y de gravísima trascendencia. Porque, si el sistema está montado sobre el principio de que las faltas penales deben ser reprimidas por los Tribunales de este orden y las infracciones administrativas por las autoridades gubernativas, es evidente que, si no sabemos si los hechos constituyen falta penal o infracción (contravención) administrativa, tampoco podremos saber cuál es el órgano competente para sancionar.⁴

La ambigüedad apuntada carece en la actualidad de soluciones definitivas, objetivas y definidas.

De los resabios apuntados surgió un monstruo de infinitas cabezas y de tentáculos que todo lo alcanzan, y somete a una serie incalculable de sanciones de incommensurable gravedad.

Al anómalo crecimiento de la imposición de castigos de la autoría del Poder Ejecutivo se adicionan las deficiencias de los sistemas de justicia que se han visto rebasados en abundancia debido a la desproporcionada cantidad de ilícitos sometidos a su conocimiento y a lo que en la actualidad se denomina crisis de la justicia. Un mayor peso en el trabajo del Poder Judicial causaría el colapso completo.

⁴ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.

Consideración aparte, la imposición de penas, por la dificultad probatoria que conlleva, ostenta carácter aleatorio; sin embargo, las sanciones administrativas son ciertas, nadie se escapa, la administración en muy raras ocasiones absuelve al inculgado.

Relacionado con lo anterior, el fenómeno de la despenalización ha hecho su aparición. Muchos ilícitos penales han mutado a infracciones administrativas, ante la imposibilidad de incrementar el número de los internos en las cárceles y los centros de detención.

En definitiva, en el siglo XXI la administración pública ha residenciado las más amplias potestades sancionatorias, en que las condenas se producen invariablemente y que cuantitativamente son muy superiores a las de los procesos judiciales del orden penal.

Las administraciones públicas detentan, en los Estados, el rol de castigador principal y privilegiado, sin que el particular afectado goce, en la práctica y en los hechos, de las garantías penales sustantivas y adjetivas, aun cuando se reconozcan a medias en la legislación, la doctrina y los tribunales. Las administraciones públicas nunca pierden cuando se proponen sancionar a un particular, ya que adoptan el doble papel de acusador y de órgano decisor. Cuando se promueve el procedimiento sancionador, se obra con designio anticipado. La imparcialidad connatural a todo juez y jurados, en los hechos no funciona, se desvanece *ab initio*.

Lo más grave en este estado de cosas radicaba en que, no obstante el crecimiento inmoderado del *ius puniendi* de las administraciones públicas, el ciudadano común, sujeto pasivo de tal potestad, se encontraba desprovisto de toda clase de garantías, ya que las sanciones procedían por la simple inobservancia o contravención a las leyes y en adición a los reglamentos. El garantismo penal se entendía extraño al derecho sancionador de las administraciones públicas, sin ningún tipo de reservas y de manera pacífica, circunstancia poco habitual en estas materias, a pesar de que las sanciones administrativas y las penas son ramas que derivan de un tronco común: el derecho punitivo del Estado.

En las últimas décadas del siglo XX surgió un movimiento jurídico con acentos y grados diversos, ensamblando un sistema de garantías para los administrados envueltos en procedimientos administrativos sancionadores, inspirados y con mucha similitud a los reconocidos en el derecho penal y en el derecho procesal penal, desde los tiempos en que echaron raíces las ideas de Beccaria, expuestas en su *Tratado de los delitos y de las penas*. Tales son: a) principio de legalidad; b) principio de tipicidad; c) principio de culpabilidad; d) principio de proporcionalidad; e) principio de irretroactividad de

la ley penal en perjuicio del inculpaado; f) presunción de inocencia; y g) aplicación del debido proceso.

A casi todas las garantías se les da cabida, en términos generales, en el derecho sancionador de las administraciones públicas; sin embargo, existen mediatizaciones que relajan su aplicación en beneficio del órgano que castiga en menoscabo de las garantías y, en definitiva, de la libertad del individuo.

Pasemos a analizar una a una las principales garantías y concluyamos.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad o reserva legal que se observa escrupulosamente a plenitud en el área penal, y resumido con la máxima *nulla crimen nulla poena sine lege*, se ha hecho objeto de reparos y restricciones que comprometen o al menos lo han tornado en parodia. El Salvador es un ejemplo de ello, pero no el único Estado en relativizar el principio de legalidad en materia sancionatoria.

El artículo 14 de la Constitución salvadoreña habilita a las autoridades administrativas a sancionar con multa o arresto por hasta cinco días la contravención a las leyes, ordenanzas y reglamentos. Acá se localiza un quiebre a la reserva legal. Reglamentos y ordenanzas derivados de las administraciones públicas crean infracciones y sanciones, ignorando que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.⁵

La Constitución mexicana explícitamente autoriza la senda reglamentaria para instituir infracciones y sanciones administrativas.

En el reino de España se transita por la cobertura legal, minusválida forma de cumplir con el principio de legalidad, considerándola bastante y suficiente, abandonando la tradicional reserva absoluta. En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley —que opera en materia penal— y el de “cobertura legal” —aplicable a las sanciones administrativas— es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de “cobertura

⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1982.

legal” de las sanciones administrativas solo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y de las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.⁶

En Costa Rica, refiere el constitucionalista Rubén Hernández Valle que:

En efecto, la reserva legal en materia de sanciones administrativas, a diferencia del ámbito penal, no es absoluta sino más bien relativa. Existen varias razones para ello: una está relacionada con el modelo constitucional de distribución de competencias; otra con el carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias.

En primer término, y por tratarse de una reserva relativa, las leyes que contemplen sanciones administrativas pueden remitir al reglamento, en el entendido de que la regulación sea complementaria y no independiente de la ley. De esa forma serían inconstitucionales, por violación del principio de reserva legal, aquellas leyes que otorgaran a la administración una potestad genérica para establecer infracciones y sanciones, además que la administración estaría jurídicamente imposibilitada para dictar reglamentos autónomos o independientes que establezcan infracciones y sanciones. El principio de reserva legal exige que siempre exista una ley de base que autorice la existencia de tales infracciones y sanciones.⁷

La quiebra del principio de legalidad atenta obviamente contra la seguridad jurídica y el derecho a la libertad, en cuya virtud nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe. La reserva legal en materia sancionatoria ha mutado sensiblemente y no pasa de ser un referente, olvidándose del carácter absoluto y estricto que rige en materia penal. El debilitamiento de la garantía en comento se encuentra visto en innumerables países.

III. LA TIPICIDAD

La merma de las garantías del administrado también se presenta en la tipicidad.

El principio de legalidad con relación a la potestad punitiva del Estado posee dos variantes: la formal que antes hemos glosado y que exige la creación legal del delito y la pena, por un lado, y la infracción y sanción

⁶ Parada, Ramón. *Derecho administrativo I*, parte general, 9a. ed., Marcial Pons, 1997.

⁷ Hernández Valle, Rubén, *El derecho de la Constitución*, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 2008, t. II.

por el otro. La otra vertiente se conoce con la denominación de exigencia de la tipicidad, a través de la ley, lo que aquí se denomina “mandato de tipificación”; coincide con la vieja exigencia de la *lex certa* y con lo que habitualmente suele llamarse “principio de determinación (precisa)”, y, más recientemente todavía, “principio de taxatividad”, cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del derecho. En sustancia consiste en la exigencia —o, como inmediateamente veremos, tendencia a la exigencia— de los textos en que se manifiestan las normas sancionadoras que describan con suficiente precisión —o, si se quiere, con la mayor precisión posible— las conductas que se amenazan con una sanción, así como estas mismas sanciones.⁸

La tipificación supone la descripción precisa y exacta de la conducta ilícita, antijurídica, a la que la ley conecta la consecuencia de la sanción administrativa.

Aunque parezca evidente y fuera de toda duda, debe aclararse que no todo ilícito o vulneración a una ley administrativa genera la imposición de una sanción de la misma naturaleza. En este sentido, González Pérez sostiene que dentro del género vulneración del ordenamiento jurídico hay una especie que se llama infracción administrativa, la cual solo tiene la consideración de tal cuando la ley diga que lo es. Resulta indispensable la declaración formal en la ley concediéndole al ilícito administrativo el título o calificativo de infracción.

En cuanto al contenido de la infracción o materia objeto de la misma no existe parámetro alguno «El legislador está demostrado —y ya nadie se sorprende de ello— que de la noche a la mañana lo que era penal puede convertirse en administrativo (despenalización) o viceversa (repenalización). De esta forma se evidencia que no hay un contenido material esencial a los delitos y a las infracciones administrativas, que condicione al legislador, sino que éste es absolutamente libre y, por razones políticas coyunturales, decide la naturaleza del ilícito. Parafraseando a von Kirchmann, una decisión del legislador (a la moderna corriente despenalizadora, por ejemplo) ha convertido en papel mojado bibliotecas jurídicas enteras.⁹

En este tema lo determinante consiste en las tonalidades con que se aprecia la tipicidad. Nuevamente, la garantía se encuentra devaluada. La

⁸ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.

⁹ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

tipicidad no se entiende de la misma manera tratándose de infracciones administrativas, que en el campo penal. Las técnicas tipificadoras de la infracción y sanciones administrativas muestran una *capitis diminutio* de la garantía.

La elaboración del tipo al que con precisión y exactitud obliga el código penal en raras ocasiones hace su aparición en materia de infracciones administrativas, debido a que se reconoce la impotencia legislativa de hacerlo. El ilícito referencial cuya importancia no puede seguir siendo ignorada por más tiempo, entre otras razones, porque sin su reconocimiento resultaría imposible la existencia de la misma del derecho administrativo sancionador: ¿cabe imaginar un código administrativo sancionador hecho “a imagen y semejanza” del código penal?; ¿cabe pensar, siquiera, en elaborar códigos administrativos sancionadores para los diversos sectores en que actúan las administraciones públicas, conteniendo un catálogo de infracciones cada una de ellas (o grupos de ellas) aparejadas con su correspondiente sanción? Por supuesto que no. Son miles y miles de infracciones administrativas las que existen, no sé si “incontables”, pero cuyo número nadie ha contabilizado.¹⁰

La fractura del tipo arranca desde su concepción a través del empleo habitual de conceptos jurídicos indeterminados en su concepción. La especificidad o taxatividad se diluye y los límites de la libertad no quedan lo suficientemente precisados y delineados. Se asevera que habrá que deducir que la intensidad de la precisión ha de ser variable según las circunstancias, y consecuentemente admitir también una graduación cuyos criterios ha formulado, aunque en materia penal, en los siguientes términos:

El principio de taxatividad no puede exigir que el derecho sancionador sea absolutamente preciso. Un cierto margen de indeterminación es admisible. Ahora bien, este margen puede variar según los casos (y utilizando diversos criterios): *a)* según el elemento de la norma penal que resulte afectado (tipo, eximentes, sanción); *b)* según la gravedad de la sanción; *c)* según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y *d)* según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma.¹¹

Pero las técnicas tipificantes no se detienen, y se consiente la aplicación de la tipificación inconclusa de la ley, que lleva indeclinablemente a un complemento a través de reglamentos. Lo que los penalistas llaman leyes penales en blanco. Lo anterior desde la óptica del derecho penal sería impensable

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.

e inimaginable y se adentraría en los linderos de la inconstitucionalidad. Se utiliza la remisión expresa a reglamentos en algunas legislaciones, con el propósito de comprender el tipo, elaborar nuevos tipos o finalmente graduando el tipo de sanciones.

Finalmente, la técnica que prácticamente brinda la tipificación aplica a las cláusulas generales de cierre o cláusulas escobas, de las que el legislador se niega a prescindir por su facilidad y crear y abarcar un número infinito de infracciones y sanciones. La cláusula general de cierre estriba en tornar infracciones, en un solo artículo, todos los incumplimientos de la ley.

La concepción residual de las infracciones ha sido defendida incluso por tratadistas tan eminentes como Alejandro Nieto, que asevera:

La remisión de la norma tipificadora directa a la norma de mandato o prohibición puede ser expresa, pero también implícita y esta circunstancia ha traído no pocos quebraderos de cabeza y agrias polémicas.

La tipificación sancionadora es completa aunque implícita, porque debe entenderse que la ley en modo alguno puede permitir que el incumplimiento de sus mandatos y prohibiciones resulte impune.

No obstante, para mí esta variante es suficiente y correcta y entiendo que la descripción completa de la infracción en el tipo es una reduplicación innecesaria e inútil y, además, inviable, de tal manera que su exigencia es el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad.¹²

Un factor preponderante e importante de la doctrina y en general de la jurisprudencia sostiene la prohibición en todo caso de cláusulas generales, genéricas e indeterminadas, que confieren a la autoridad administrativa una excesiva discrecionalidad, y es que como lo afirma el Tribunal Supremo Español:

no puede entenderse que el círculo de la tipicidad se cierra y completa mediante la fórmula de estimar infracciones todas y cada una de las violaciones y contravenciones a la ley. En la formulación omnicompreensiva del precepto que nos ocupa resulta que un solo tipo de infracción abarcaría en su radio de acción todas las disposiciones legales en materia de trabajo..., haciendo imprevisible para el ciudadano cuando su conducta puede ser considerada infracción y, sobre todo, la entidad de la infracción hipotética, con lo que tan desorbitado tipo no cumpliría el papel que asigna a la reserva legal en este campo sancionador la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1987...¹³

¹² *Idem.*

¹³ Fernández Montalvo, Rafael, "Derecho administrativo sancionador", *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

Pugna con las cláusulas genéricas la situación que siendo miles y miles las infracciones administrativas resultantes de las cláusulas escoba. ¿Cómo puede exigírsele razonablemente al administrado su conocimiento y consecuencias?

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que “permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa”. Términos de la misma sentencia constitucional de 29 de marzo de 1990. Obsérvese que estos juicios son interpretativos de la Constitución, formulados por el Tribunal Constitucional, y que por ello prevalecen incluso frente a las leyes, y, en todo caso, han de presidir siempre su interpretación.¹⁴

No obstante, cabe mencionar que las cláusulas generales de cierre, en el derecho comparado, poseen una vasta consagración, que toleran y amañan en números inimaginables tribunales constitucionales y administrativos. Con ello, la descripción objetiva del ilícito objeto de la sanción se convierte en remedo de la tipicidad en agresión a la seguridad jurídica. Con este tipo de formulaciones legislativas de las infracciones, el mandato de la tipicidad en la práctica se desvanece en su totalidad.

IV. CULPABILIDAD

En los elementos subjetivos del delito y la infracción administrativa, ocupa lugar preponderante la culpabilidad. No basta que el hecho constitutivo de la infracción se consuma, adicionalmente su autor debió obrar con dolo o al menos culpa. No basta la perpetración de la acción antijurídica. En los aspectos de la culpabilidad de nuevo se introducen, en materia sancionatoria administrativa, se aquilata su incidencia, que resulta en una acentuada inseguridad jurídica.

En la estructura del tipo del delito permanentemente se incluye el requerimiento de la culpabilidad en el cometimiento del delito. Si la conducta castigada se encuentra extraña al dolo y a la culpa, no procede la pena, operando algunas causas que excluyen la responsabilidad. La responsabilidad derivada del *ius puniendi* se fundamenta en la intención de causar daño (dolo) o al menos en el descuido o negligencia del autor del ilícito. En el derecho penal mantiene su vigencia. La Constitución salvadoreña expresamente incorpora el principio *nulla poena sine culpa*. La base del reproche reside en la culpabilidad.

¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás, Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002.

Tradicionalmente, la materia sancionatoria administrativa se olvidó de la culpabilidad, conformándose con el simple incumplimiento, la contravención a la ley sin requisito adicional. Una suerte de responsabilidad objetiva. Las más recientes legislaciones que regulan el *ius puniendi* de las administraciones públicas atribuyen a la culpabilidad la calidad de elemento esencial ineludible. La ley alemana del 19 de febrero de 1987 prescribe que como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la ley conmine expresamente con una pena pecuniaria administrativa al hecho culposo (artículo 10). La ley italiana 698/1981 determina que “en las infracciones administrativas cada cual es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, ya sea ésta dolosa o culposa”.

Adicionalmente, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y los administrativos recoge la exigencia del dolo o la culpa. Posición que continúa asentando sus reales en la más prestigiosa doctrina.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español del 26 de abril de 1990, entre otras cosas, declara tajantemente: “sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta del contribuyente”.¹⁵

Sin embargo, en el continente americano se escuchan voces disidentes.

La situación no es tan clara en la esfera contravencional, puesto que una parte importante de la doctrina sostiene que puede aplicarse una sanción de policía a quien no haya actuado ni dolosa ni culposamente (Marienhoff). Ello significa que la contravención se configuraría por la mera inobservancia de la norma de policía, dejando de lado toda referencia a la voluntariedad o culpa del infractor.

Se argumenta, al respecto, que de otro modo resultaría imposible la represión de gran parte de las contravenciones, con lo que la acción de policía perdería su eficacia, disminuyéndose la posibilidad de llegar a disciplinar a los administrados.¹⁶

Se discute mucho en la doctrina si basta la mera voluntariedad para configurar la existencia de un acto ilícito administrativo sancionable, o si habría al menos la necesidad de culpa. Por lo menos hasta el presente, hemos entendido que basta la voluntariedad, sin perjuicio, como es claro, de

¹⁵ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

¹⁶ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa, 2006.

que la ley establezca una exigencia mayor ante una figura específica.¹⁷ Así lo sostienen Escola y Comadira en la Argentina.

El reclamo de la culpabilidad se desvanece en su totalidad tratándose de personas jurídicas, que en materia penal no pueden ser sujeto de castigo. Sin embargo, y esto constituye una comodidad para las administraciones públicas, las personas jurídicas, especialmente las titulares de las grandes empresas, pueden ser sancionadas, especialmente con multas de gran cuantiosidad. Aquí no puede ser más evidente, que la culpabilidad como requisito de la infracción administrativa queda sepultada y olvidada.

V. GARANTÍAS PROCESALES O ADJETIVAS

Las garantías se extienden a los aspectos adjetivos, que son las que se brindan al inculpado en los procedimientos y procesos sancionatorios, que en abono al tiempo reduciremos a las dos principales:

- a) El debido proceso; y
- b) La presunción de inocencia.

Quizá las previsiones procesales o procedimentales guarden un rigor de aplicación, en materia sancionatoria, bastante mayor respecto de las sustantivas. Las desviaciones las aprecio menores, aunque persistan en la práctica.

VI. *NULLA POENA SINE IUDICIO*

La sanción administrativa debe ir presidida del procedimiento que garantice el cumplimiento de las reglas del debido proceso o tutela judicial efectiva. La Constitución salvadoreña estima la procedencia de las sanciones administrativas previo el debido proceso. Los progresos del derecho administrativo casi en la totalidad de los países han hecho desaparecer los resquicios en que las sanciones administrativas se infringían sin trámite ni diligencia, “de plano”, como dirían los españoles.

Sin embargo, su erradicación total no se ha logrado, y las administraciones públicas recurren a tan nociva práctica en casos en que pueden actuar con impunidad. No se extenderán solvencias si no se paga una multa, aun cuando el procedimiento sancionador no se ha iniciado. Se deducen multas de contratos administrativos en el acto de su liquidación, etcétera.

El debido proceso en materia sancionatoria administrativa no se agota, en lo que los cultores del derecho procesal administrativo denominan sede

¹⁷ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 2006.

administrativa, ya que los diversos sistemas de justicia articulan procesos impugnativos por motivos de legalidad (contencioso administrativo) o de constitucionalidad (amparo).

El principio *nulla poena sine iudicio* comprende tanto en el procedimiento sancionatorio tramitado ante el órgano administrativo como en la impugnación jurisdiccional en los tribunales de justicia. Sobre esta particularidad volveremos.

El procedimiento sancionador en sede administrativa responde al siguiente principio general del derecho: nadie puede ser privado de sus derechos sin ser antes oído, sin hacer uso del derecho a la defensa, tan connatural a la justicia.

Por otro lado, la garantía del procedimiento deviene en el instrumento jurídico idóneo de que la administración pública dispone con el propósito de destruir la presunción legal de inocencia que ostenta el inculpado. El carácter indispensable del procedimiento carece de excepciones.

El procedimiento sancionador debe obedecer y sujetarse a todas las características del debido proceso en materia jurisdiccional; pero si comparamos el procedimiento administrativo con el proceso judicial, el primero no deja de ser una imitación barata y poco afortunada del segundo.

La rigurosidad de la justicia penal jamás encuentra asidero en el sistema sancionador de las administraciones públicas.

VII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una garantía procesal, a decir de Luigi Ferrajoli, del *ius puniendi*, y tiene la calidad de presunción legal, pues opera hasta la prueba en contrario, reconocida en sentencia judicial firme. Su omnipresencia se destaca en las declaraciones y en los convenios de derechos humanos, y ocupa un lugar prioritario en la mayoría de Constituciones, pero no siempre su cumplimiento se evidencia, y su fractura no es rara en las diferentes legislaciones, y en la jurisprudencia se enfrenta a variados matices. Para describir situaciones como la aludida antaño se decía: del dicho al hecho hay mucho trecho.

La formación jurídica de los funcionarios y de los jueces cuenta a la hora de aplicar la ley y en el posterior juzgamiento. Si para el subconsciente jurídico, en materia delictual, el principio de inocencia se encuentra fuertemente arraigado, no así en el ámbito contravencional, en el que se exige, con demasiada frecuencia, la prueba diabólica de la inocencia. Son lapidarias las frases en las resoluciones administrativas en las que se señala que el procedimiento se inicia con el propósito de que el inculpado aporte los argumentos

y las pruebas de descargo de la infracción administrativa. La presunción de inocencia abarca los hechos materiales con que se perpetra la infracción, así como la de culpabilidad, por tanto la carga de probar tales extremos corresponde a la administración pública, no al administrado.

Cabe considerar que en lo relativo al principio de inocencia, la interpretación deber ser restrictiva, lo cual no es más que un corolario del principio de legalidad; toda materia relativa a la justicia punitiva del Estado debe considerarse de estricto derecho, erradicándose la analogía.

En la exclusión de la carga de la prueba al inculpado consiste lo medular de la institución. El imputado no tiene nada que probar y menos inocencia, pues lo cubre una presunción legal a su favor, la que las administraciones públicas deben destruir o desvanecer, comprobando la culpabilidad. Así debe funcionar el sistema.

La prueba de la inocencia recibe de la doctrina el calificativo de diabólica, porque se encuentran involucrados hechos negativos de imposible prueba.

El procedimiento administrativo arranca de la inocencia del administrado, y será la administración pública que lo acusa, la que debe establecer irrevocablemente su culpabilidad acreditando la prueba pertinente. La actividad probatoria incumbe a la administración; si esta no la afronta en grado suficiente, la absolución procede.

Reiteramos, las administraciones públicas que imputan al administrado la comisión de una infracción deben comprobar su culpabilidad. Pero aquí comienza el calvario y nuevamente la avalancha de la mediatización, y la laxitud en las interpretaciones hace su aparición.

Desconcierta que tratadistas de la jerarquía de A. Nieto sostengan que existe una apoteosis garantista y aconseja prudencia a los tribunales, como si no les sobrara. El problema es simple, sostiene:

Es probable que la aplicación estricta de la presunción de inocencia ha de producir no pocas satisfacciones a los jueces que se tienen por garantes de las libertades y de los derechos individuales y más todavía a los abogados defensores de los “presuntos” infractores a quienes tal presunción ofrece innumerables posibilidades de escapar de las mallas de la ley. Otros sentimientos tienen, sin embargo, los funcionarios diligentes que no ven forma de demostrar la autoría de las infracciones mínimamente sofisticadas, así como los ciudadanos que carecen por completo de protección frente a ellas.

Nadie puede pensar seriamente en un sacrificio arbitrario de los derechos individuales; mas tampoco puede entenderse la postergación gratuita de los intereses públicos y colectivos por no hablar de los de los perjudicados directamente por la infracción, máxime si se tiene en cuenta que un Estado Social

de Derecho puede establecer jerarquías de derechos e intereses, puesto que su objetivo es lograr un equilibrio de los contrapuestos, del que desde luego estamos hoy muy lejos.

La presunción de inocencia nació en un momento histórico de absolutismo, se confirmó al cabo de un siglo como necesaria reacción contra las dictaduras del siglo XX, y forzoso es reconocer que en estos contextos operaba efectivamente como un contrapeso del poder político arbitrario, como el fiel que equilibraba la balanza. En la actualidad española, sin embargo, las circunstancias han cambiado sustancialmente, y es lamentable, por tanto, que una figura de tan preclaro origen se haya petrificado hasta el punto al no acertar a adaptarse a los nuevos tiempos, haya terminado convirtiéndose en un factor de desequilibrio.

No se trata sólo de la mudanza de los contextos políticos y sociales, es que hoy han aparecido formas de conductas ilícitas en las que no tiene entrada la presunción de inocencia de corte tradicional. Actualmente, es una burla aplicar este principio a la criminalidad organizada, a las grandes empresas, en general, a las estructuras capitalísticas anónimas y clandestinas, a los ilícitos sofisticados y a las conductas tecnológicamente desarrolladas. No es lo mismo investigar las irregularidades de elaboración cometidas por un panadero artesano o las de manipulación de alimentos de un tendero de ultramarinos que las que realiza una multinacional o que tienen lugar en una cadena comercial con miles de empleados y un sistema informático impenetrable. ¿Qué garantía y a quién protege aquí la presunción de inocencia?¹⁸

El ataque de Nieto al meollo del principio de inocencia no puede ser más artero, y sacude la esencia misma de la institución, pero sus mismas ideas aplican también al ámbito del derecho penal, y la revisión de la institución debería extenderse también a la misma, pero en esa área los tratadistas y la jurisprudencia actúan con mayor contundencia y fortaleza reprochando y censurando unánime y vigorosamente cualquier proceder en ese sentido.

Las ideas de Alejandro Nieto conducen al derecho administrativo sancionador a terrenos del derecho penal del enemigo patrocinado teóricamente por Günther Jakobs y en la práctica por Georges W. Bush.

Finalmente, la cuestión que preocupa radica en la duración de la presunción de inocencia. ¿Cuándo se entenderá destruida y el administrado deja de gozar de ella? En materia penal el punto no tiene discusión teórica ni práctica, puesto que uniformemente la presunción de inocencia desaparece cuando se pronuncia la sentencia condenatoria que cause cosa juzgada.

Tratándose de las sanciones administrativas, el punto tiene una variante; como se recordará, existe un procedimiento administrativo sancionador

¹⁸ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionado*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.

tramitado a las autoridades administrativas y luego el proceso administrativo que conoce de la impugnación.

Una de las situaciones en que el debate nunca concluye referente a la presunción de inocencia se finca en la extensión de la misma. ¿Cuándo opera y bajo qué circunstancias? En el área penal no presenta conflictividad. La inocencia se mantiene hasta ser aniquilada mediante sentencia condenatoria basada en autoridad de cosa juzgada.

En lo atinente al *ius puniendi* de las administraciones públicas se introduce un elemento distorsionador de la solución. En efecto, el trámite sancionador transita en dos fases, la primera en sede administrativa, y la segunda, en los recintos judiciales. La perduración de la presunción de inocencia del procedimiento administrativo sancionador no ofrece reparos ni resistencia alguna. Las diferencias afloran cuando se produce su impugnación jurisdiccional. En tal caso las posiciones son encontradas e irreductibles.

La jurisprudencia española se muestra dubitativa, y la salvadoreña, categórica, y tajantemente desecha la inocencia del inculpado sin mayores consideraciones y niega sin más la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sin invocar al menos la autotutela de que disponen las administraciones públicas.

La destrucción de la inocencia que acompaña al administrado opera y se encuentra condicionada a la existencia de un acto firme, respecto del que no quepa recurso administrativo ni formas de impugnación jurisdiccional; mientras tanto la presunción de inocencia persiste y el Estado, tanto a nivel de administraciones públicas como en el orden judicial, debe reconocerla y respetarla.

La pugna que pueda haber entre la autotutela y la presunción de inocencia debe resolverse necesariamente en beneficio de la libertad, jamás en su sacrificio. Adicionalmente, debe estimarse que en la mayoría de países el principio de inocencia goza del reconocimiento constitucional y se incorpora en las declaraciones y convenciones relativas a derechos humanos.

Asistimos nuevamente a un debilitamiento de la presunción de inocencia, sin mayores justificaciones y producto de un inadecuado trasplante de la esfera penal a la administrativa.

VIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones y consecuencias a las que podemos llegar son poco satisfactorias, para la libertad del individuo y su seguridad jurídica. El régimen de garantías del derecho penal sustantivo y adjetivo no pasa de ser una caricatura o una deplorable imitación, tratándose de infracciones y sancio-

nes administrativas. Nadie puede percibir que no será objeto de actos arbitrarios cuando la administración pública se apreste a castigarlo aperturando un procedimiento sancionador. Desaparece la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que cada uno tiene en su seguridad.¹⁹

En sede administrativa, donde sabemos se residencia la cuna del desbordamiento del poder, el garantismo se minimiza y se bate en retirada, ante el sacrificio del interés del individuo en aras de un supuesto interés público impreciso y difuso, encarnado y personalizado en los titulares de los órganos administrativos. Y es que la potestad de castigar se presta a todo y para todo, y cada día se convierte en más temible y más poderoso. Paradójicamente, las garantías tienden a desvanecerse, con la tolerancia y a veces complicidad de los tribunales de justicia. Cada vez con mayor acento el administrado siente y reciente el peso abusivo del poder del Estado. El enemigo de la sociedad no es el ciudadano desprovisto de garantías a quien se aplasta, sino el Estado que lo pulveriza y somete a sus designios en burla del Estado de derecho.

Las administraciones públicas, por otro lado, no satisfacen las necesidades básicas de los ciudadanos, ni siquiera ejercen apropiadamente las funciones tradicionales como la policía. Los servicios públicos se han abandonado a manos privadas, y, sin embargo, asume el de verdugo, que castiga inmisericordemente una y otra vez al ciudadano medio. Para la represión funciona adecuadamente y con el mayor éxito. Un verdadero leviatán.

Alejandro Nieto ha develado en breves párrafos la utilidad que para la administración pública tiene el poder punitivo del que se encuentra dotado en abundancia, en los términos siguientes:

El uso que hace el Estado de tal supremacía no necesita ser imaginado, puesto que es de sobra conocido sobre todo cuando se trata de personas públicas y hay elecciones por el medio. El infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con la infracción. Se trata de dar un ejemplo o de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política. Y todo ello de acuerdo con la ley. Este es el gran sarcasmo que quería poner de relieve: el derecho administrativo sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, exolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutando la ley con toda clase de garantías. Este es en verdad el escalón más infame a que puede descender el Derecho.

La potestad sancionadora de la administración —y su aparato técnico y jurídico, el derecho administrativo sancionado— es, en definitiva, un montón

¹⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1982.

de despropósitos en el que todos los poderes están implicados. El Legislativo es el primer pecador dado que ha establecido una red tan tupida —y tan opaca— de infracciones que es materialmente imposible conocerlas y, por supuesto, evitar su comisión. El legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la ley. Pero, para mayor sarcasmo, esta red sancionadora presenta tantos desgarrones que es muy fácil escaparse al infractor hábil como resulta difícil en ocasiones manejarla con eficacia a la administración de buena fe, que cree disponer de una buena arma y se encuentra en la mano con una espada de madera.

Ahora bien, para las administraciones públicas ofrece el derecho administrativo sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada.

En esta lamentable farsa tampoco está el Poder Judicial libre de culpa. La doctrina de la no invocabilidad de la exacta igualdad con las garantías penales ha permitido el ejercicio arbitrario de la potestad en comento.²⁰

Estimamos que las deficiencias o devaluaciones garantistas se acrecientan y hasta desaparecen por la ausencia de la que campea invariablemente en materia penal: la reserva de jurisdicción. Esta es la causa, a nuestro parecer, que ha desencadenado el panorama arbitrario y abusivo en el derecho sancionador que en la actualidad se ha configurado. A la garantía de reserva de jurisdicción, don Luigi Ferrajoli, que nos honra con su presencia, le denomina garantía orgánica. El problema de la devaluación garantista tiene su origen y causa en la circunstancia inaudita de que la administración pública acusadora promueve y tramita la imposición de sanciones, y al mismo tiempo reviste el carácter de órgano sancionador, y luego la de verdugo, puesto que debido a la ejecutoriedad de los actos administrativos, no requiere para su ejecución la intervención de los tribunales de justicia. El problema del derecho administrativo sancionador se reduce a la determinación de quien aplica el castigo.

Tradicionalmente se afirma que las autoridades administrativas desempeñan actividades de juez y de parte, que inexorable y fatalmente conducen a que nadie pueda disponer de plenas garantías en tal sede. Las garantías transitan en un grado infinito de acierto en el Poder Judicial. Hecho incontrovertible.

El defecto más ostensible del derecho sancionador de las administraciones públicas se apoya en el sistema inquisitivo a que obedece la trami-

²⁰ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* II, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

tación del procedimiento administrativo, extirpado en la justicia penal que ha reivindicado el sistema acusatorio, que concibe al juez como un tercero, imparcial e independiente, separado de las partes, que cada una de ellas adopta un solo rol, el de acusación y el de defensa.

En el sistema inquisitivo la función del Juez no se separa la de acusar y la de juzgar, en desmembramiento de la imparcialidad. Tal es la situación del funcionario administrativo, que tramita e impone la sanción.

Por lo demás, en el derecho administrativo sancionador la amenaza y riesgo a la libertad se magnifican, debido a la circunstancia de la riqueza de sanciones que se imponen, que no se alojan en el derecho penal, que restringe las penas a la privación de la libertad y a las multas. En cambio, en el derecho administrativo sancionador abunda la cantidad y la calidad de los castigos que estriban en el decomiso, caducidad, cierre de establecimientos, multas millonarias, demolición de edificios u obras, inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, expulsión de extranjeros del territorio del país, pérdida de determinados derechos, revocación de autorizaciones, destitución de cargos públicos, suspensión del ejercicio de determinadas profesiones, etcétera. La enumeración no tiene fin.

Todo lo expuesto ofrece a los constitucionalistas un desafío que necesariamente deben enfrentar en beneficio de las garantías que deben priorizarse en un Estado de derecho.

Tenemos el imperativo de volver a los orígenes y fundamentos del derecho de castigar, en el que se reservaba exclusivamente en el Poder Judicial. Que no se argumente la imposibilidad. El derecho anglosajón no ha colapsado y observa la garantía orgánica en la imposición de toda suerte de castigos.

Definido el Poder Judicial como el conjunto de los espacios decisionales —la interpretación de las leyes, la inducción probatoria, la connotación equitativa y los juicios de valor discrecionales— reservados más o menos irreductiblemente a la actividad del juez. Según esto, identificado el *grado de garantismo* de un sistema penal con el conjunto de los vínculos normativos que minimizan tales espacios y que dependen esencialmente de la semántica de los lenguajes legal y jurisdiccional. Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, aunque representen modelos límite y regulativos nunca plenamente realizables, han sido asumidos como las señas de identidad más características de todo sistema penal garantista en un “Estado de derecho”.²¹

Sin embargo, dejo a la imaginación y fecundidad jurídica de este foro la búsqueda y organización de los mecanismos para que el derecho de casti-

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.

gar del Estado se someta, en todo caso, a los principios garantistas alojados primigeniamente en el derecho penal.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 2006.
- COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1985.
- y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El derecho de la Constitución*, San José, Costa Rica, Juricentro, 2008, t. II.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1982.
- NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4a. ed., Madrid, Tecnos (Grupo Anaya), 2005.
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, 9a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.