

La potestad sancionadora y su relación con el Derecho penal

~M.^a Adoración Ruiz Rodríguez~

Socia Urbalex Abogados y AR. Despacho de Abogados. Talavera de la Reina (Toledo).
Socia FICP.

I. INTRODUCCIÓN

Desde muchos años atrás, varios juristas han tratado de resolver la problemática que trajo el acto de conceder a la Administración Pública parte del ejercicio del ius puniendi, estos problemas fueron abordados desde la doctrina, tomando diferentes perspectivas. Dentro de todos estos problemas, podemos mencionar la falta de claridad en la separación de los límites de ambos poderes, la distinción material del ilícito penal y el administrativo y la falta de regulación de del ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración.

Para la presente comunicación, trataré de exponer la relación entre la Potestad Sancionadora de la Administración y el Derecho Penal, utilizando un método analítico-comparativo para criticar las diferentes posturas sobre el fundamento filosófico-jurídico de la Potestad Sancionadora y su relación con el Derecho Penal.

Además, analizare los Principios de ambas figuras y la forma en la que los principios del Derecho Penal se acomodan, necesariamente con ciertos matices, para conformar el conjunto de Principios que rigen la aplicación de la Potestad Sancionadora, analizando el fundamento de la relación de ambas potestades en el derecho peruano, para dar una aproximación a una delimitación dogmática del concepto de ambos ilícitos (penal y administrativo), de esta manera, limitar el ejercicio del legislador en su actividad tipificadora de conductas punibles.

II. LA POTESTAD SANCIONADORA Y EL DERECHO PENAL

1. Teorías sobre su relación, valoración

La primera postura que consideramos relevante es la del iusnaturalismo, postula la tesis del derecho penal de policía, trata de diferenciar la naturaleza de los “delitos naturales” (vulneración a un derecho subjetivo) y las infracciones (solamente un injusto policial, vulneración de una disposición que emana del Estado, por lo tanto no es un

injusto como el “delito natural”), las segundas, materia del denominado derecho penal de policía¹.

En lo referente a la distinción de los injustos, hay que señalar que en la tesis iusnaturalista, el derecho subjetivo del que se habla es aquel atribuido al ser humano en virtud de la naturaleza humana², donde el Estado se limita únicamente a reconocer ese derecho pero no lo crea, esta característica es esencial para la distinción, pues la infracción consiste en vulnerar una disposición que si ha sido creada por el Estado. Hay una diferencia más que señala Cordero,

*“Las infracciones de policía son inventos de la policía reinante pro tempore, en cambio los preceptos del genuino derecho penal criminal rigen en todo lugar y todo tiempo ”*³

La segunda postura sumamente relevante, es la desarrollada por GOLDSCHMIDT, se supera la idea de que la Administración tiene a su cargo el resguardo de la seguridad jurídica y se concibe la idea de que la Administración debe asegurar el bienestar de la sociedad, en ese sentido, coloca al ser humano como parte de toda una comunidad y entiende que como tal, tiene deberes en el orden jurídico (que en última instancia dependen de su libertad) y deberes que provienen de la administración (contribuir al buen orden de la comunidad, en éste, el fin del derecho es promover el bien estatal)⁴. Una distinción más clara sobre la postura de Goldschmidt la tiene Juan Carlos CASSAGNE, señala que;

*“existe una distinción cualitativa entre los delitos judiciales e infracciones administrativas, determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido de un bien jurídico, en las infracciones se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la administración pública.”*⁵

Consideramos esencial esta diferencia entre lo que se vulnera en ambos injustos, esto pues por principio de lesividad del derecho penal, la intervención del Estado

¹ CORDERO QUINZACARA. El derecho administrativo Sancionador y su relación con el derecho penal. Revista Jurídica. 2012, p. 134

² CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO. La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Palestra. Lima, 2012, p. 136.

³ CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 135

⁴ CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica. 2012, p. 136

⁵ CASSAGNE. Derecho Administrativo Tomo II, p. 561

únicamente es legítima en tanto se proteja un bien jurídico, sin embargo observamos un matiz en aquello que le daría legitimidad al uso de la potestad sancionadora, en el sentido que no se daña un bien jurídico, sino que se infringe un deber por el que todo ciudadano, por formar parte de una comunidad, debe cumplir⁶. En ese sentido, observamos una relación entre ambas potestades sancionadoras⁷ y esta razón explicaría los matices de ambos principios, es necesario retener esta idea para sustentar la convergencia de principios.

Como último dato relevante para esta postura, es necesario mencionar lo expresado por Erik Wolf, luego de las diferentes críticas realizadas al derecho penal administrativo, el autor señala en lo referente al infractor, “el autor no es socialmente dañoso o peligroso, sino socialmente descuidado”⁸. Desde esta perspectiva, tenemos nuevamente un dato clave para afirmar la existencia de un matiz en la aplicación empírica de principios en la potestad sancionadora de la administración y en el derecho penal.

Finalmente, la última teoría a analizar es la tesis formalista, recibe ese nombre pues postula la idea de que no se puede hacer una diferencia sustantiva entre el derecho penal y la potestad sancionadora de la administración, sino que en esencia son lo mismo, pero la diferencia recae en sus factores externos. De esta manera formula la hipótesis de que infracciones penales stricto sensu pueden ser consideradas como infracciones administrativas si el legislador así lo desea, dependiendo para tal calificación únicamente de factores espaciales y temporales (esto en referencia a su sustancia), la diferencia entre ambas se encuentra en los elementos formales de las infracciones administrativas, las que son:

⁶ El problema viene a ser entonces cuando se intenta sustentar la legitimidad de la intervención del ius puniendi del Estado por parte de la Administración y su potestad sancionadora, esto pues la intervención punitiva del Estado, en el entendido que restringe derechos, se ve legitimada porque existe un daño a un bien jurídico y el Estado debe protegerlo, de esta manera, la administración pública debería proteger al menos un bien jurídico para que se legitime su accionar restrictivo de derechos, pero Goldschmidt hace una división en bienes jurídicos primarios y secundarios, los bienes jurídicos secundarios, que protege la administración, son medio de resguardo directo de los primarios y en esa medida se afirma que en última instancia, la potestad sancionadora de la Administración protege bienes jurídicos. CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 137.

⁷ En el mismo sentido: CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 137. Y MATTES. Problemas de derecho penal administrativo, Revista de derecho privado. Madrid. 1979, pp. 191 y ss.

⁸ CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 138

“a) Es una potestad entregada expresamente por el legislador, quien configura el ilícito, determina la sanción y entrega su conocimiento y determinación a la administración;

b) Está sujeta al régimen jurídico que es propio de la administración del Estado: el Derecho administrativo;

c) En su aplicación, se requiere de un procedimiento administrativo previo al cual se debe sujetar cada una de sus etapas;

d) La determinación de la infracción, la responsabilidad y la correlativa sanción se establece mediante un acto administrativo.”⁹

Es innegable que este conjunto de elementos enunciados anteriormente conforman la potestad sancionadora de la Administración Pública, sin embargo, hay ciertas críticas que pueden hacerse a esta postura, con estas críticas vamos a afirmar la tesis que sostenemos.

Cordero señala que son dos las principales críticas elaboradas a esta postura, la primera afirma que la libertad del legislador para determinar las conductas que constituyen infracciones atenta contra la separación de poderes y la libertad de las personas.

La segunda crítica es la desconfianza en el legislador por la rigidez de las sanciones que aplique, en efecto, si el legislador delimita todo el ámbito de la potestad sancionadora de la administración, es probable que no se reconozcan garantías a los ciudadanos que sean sancionados.

Respecto a la primera afirmación de la primera crítica, se nota claramente en la mayoría de los sistemas jurídicos que los ilícitos penales son producto de leyes, por lo tanto, siguiendo la lógica *ab maioris ad minus*¹⁰, evidentemente el legislador podría determinar los ilícitos administrativos, sin embargo es necesario hacer un matiz en esta afirmación, en el entendido de que el legislador, al determinar delitos, tiene siempre un límite en los principios fundantes del derecho penal y además debe proteger un bien jurídico, precisamente por eso, es que si el legislador va a determinar infracciones administrativas, debe tener límites, al menos, en principios fundantes del derecho penal y además debe proteger un bien jurídico, empero, si es una potestad menor a la penal,

⁹ CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 139

¹⁰ RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. Fondo editorial de la PUCP, 10° Ed., Lima, 2009, pp. 273-274

los principios deben matizarse para ser utilizados correctamente como límites (informados por los principios del derecho administrativo), pero el problema radica en el hecho de que el legislador proteja un bien jurídico merecedor de tutela penal (más agresiva y por ende de ultima ratio) solamente con tutela administrativa, quedando el bien jurídico desprotegido, y viceversa, un bien jurídico que se protege eficientemente con la potestad sancionadora de la Administración, sea protegido con tutela penal (vulnerando también el principio de derecho penal ultima ratio), el riesgo aumenta si es que la distinción, la va a realizar el legislador por factores espaciales y temporales, maximizando la posibilidad de error al no sustentarse en un criterio sustancialmente diferenciador de ambos ilícitos.

Por lo dicho anteriormente, se evidencia la clara facultad del legislador para determinar infracciones administrativas (apegándose a su respectivo límite), esta idea se reafirma si entendemos que el principio de separación de poderes no significa separación absoluta, esto sería absurdo, sino que verdaderamente significa relación entre poderes, sin embargo hay que resaltar también la existencia de un riesgo si es que no determina los ilícitos basándose en una diferencia sustancial. Sobre la segunda crítica, hay que referir nuevamente que la potestad sancionadora no es ilimitada, precisamente por esto, al descubrir cuáles son los principios que limitan esta potestad, entendemos que son datos que no pueden vulnerarse en el ejercicio de la imposición de sanciones, de esta manera, establecer diferencias entre delitos e infracciones administrativas, es vital para establecer cuáles son los límites.¹¹

2. Diferencias y crítica valorativa

Una vez expuestas las principales posturas sobre la relación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, haremos un análisis de las diferencias entre aquellas, a manera de delimitar la postura que nos parece la que más se asemeja a la verdad de las cosas, de esta manera, plantearemos una postura que sustentaría la relación y diferencia sustancial entre ambos derechos.

La diferencia genérica que podemos encontrar entre ambas tesis es que la tesis iusnaturalista y la tesis del derecho penal administrativo (de Goldschmidt), abordan la diferencia de ambas potestades sancionadoras (la penal y la administrativa) desde un

¹¹ CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 140.

punto de vista sustancial, a diferencia de la tesis formalista que aborda el t3pico desde el 3mbito externo y meramente formal de ambas potestades.

Corresponde ahora delimitar una diferencia m3s espec3fica entre las dos tesis sustanciales. Tenemos que indicar que la primera diferencia estar3a en la fuente de determinaci3n de lo injusto, en el entendido de que la infracci3n a la ley de polic3a es el incumplimiento de una disposici3n del Estado, pero en esta disposici3n, no se afirma la necesaria protecci3n de un bien jur3dico determinado, sin embargo, en la tesis del derecho penal administrativo, el injusto es la infracci3n al deber de contribuci3n que todo ciudadano tiene con el Estado, que protege como se ha se3alado l3neas arriba, bienes jur3dicos secundarios, en tal medida se puede afirmar que no se vulnera una disposici3n en sentido estricto, sino un deber general del ciudadano que se encarga de proteger, en 3ltima instancia, bienes jur3dicos, por lo tanto, un accionar leg3timo del ius puniendi del Estado ser3a la tesis del derecho penal administrativo.

Mencionamos supra que una de las cr3ticas hechas a la tesis formalista es que la libertad del legislador para determinar las infracciones administrativas y su respectiva sanci3n (sanci3n entendida como medida restrictiva de derechos), podr3an vulnerar los derechos del ser humano, espec3ficamente su libertad. Para Garc3a Pull3s, el papel del legislador es en la realidad, la consecuencia de la falta de determinaci3n de conceptos jur3dicos que permitan diferenciar sustancialmente los il3citos administrativos de los il3citos penales¹², en este sentido, concluye que

“la categorizaci3n de una conducta como constitutiva de delito o de una contravenci3n administrativa es cuesti3n derivada al exclusivo an3lisis pol3tico del legislador”.¹³

M3s a3n, esta leg3tima preocupaci3n es considerada como una premisa necesaria de pronta soluci3n, sin embargo, Garc3a Pull3s propone la soluci3n de la falta de diferencias sustanciales entre faltas y delitos se puede subsanar con el *“r3gimen jur3dico circundante”*

¹² NAT3N LICHT. La potestad sancionatoria de la Administraci3n y su control judicial de cara a la realidad normativa. Editorial el Derecho, p. 702.

¹³ GARC3A PULL3S. La distinc3n entre delitos y faltas, el r3gimen jur3dico circundante, una nueva y acertada doctrina de la Corte. Universidad de Buenos Aires, p10.

III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1. Principio de intervención mínima

Este principio implica, por un lado, que el Derecho Penal y en su consecuencia la sanción penal que es la más grave de la que dispone el Estado, no debe utilizarse cuando existe la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. La pena debe utilizarse solamente cuando no haya mas remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección.

Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política Social, Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles(por ejemplo: reparación de daños y perjuicios), y administrativas (multas, sanciones disciplinarias),. Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficientes estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad.

Por otro lado, este principio implica que cuando el derecho penal intervenga de ser para la protección de aquellos intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado de derecho. A veces estos intereses serán derivaciones de derechos humanos(por ejemplo, la vida y la integridad física), y otras serán simplemente piezas necesarias para el funcionamiento de la relación social (por ejemplo, la honestidad de los funcionarios públicos). Cuando estos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado se trasformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables (principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad).

2. Principio de legalidad

a) El monopolio de la ley como fuente del Derecho Penal

La teoría de la ley como única fuente del Derecho Penal, defiende que no hay otra fuente de la citada rama del ordenamiento jurídico que la ley positiva, esto es, de la ley escrita, que haya sido producida por los órganos competentes de la comunidad: por tanto, un reglamento u orden inferior no podrán constituir fuente de Derecho Penal,

Este principio puede anunciarse diciendo que ” no puede imputarse a nadie un delito que no haya sido establecido por Ley con anterioridad a su perpetración”

b) Su consagración en el Derecho Penal español

Del principio de legalidad se derivan cuatro garantías: Criminal, penal, procesal o jurisdiccional y penitenciaria o de ejecución:

1) Garantía Criminal: en la actualidad el artículo 25 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento,. A su vez el artículo 10 del Código Penal establece que ” son delitos o, faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

2) Garantía Penal: según el artículos 2, párrafo 1 del Código Penal, “no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior, a su perpetración.

3) Garantía procesal o Jurisdiccional: el artículo 24 de la Constitución establece que “todos tienen derecho.,, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías... A su vez, el artículo 3, párrafo 1 del Código Penal, “no podrá ejecutarse pena ni, medida de seguridad sino en virtud de- sentencia firme”.

d) Garantía de ejecución o penitenciaria: La Constitución, prescribe, en su artículo 25 que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. El artículo 2 párrafo 2 del Código Penal establece que ” tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, no con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

c) Principio de legalidad y la irretroactividad de las leyes penales

Las leyes penales, lo mismo que las demás normas legislativas, se proyectan siempre hacia el futuro, disciplinando tan solo aquellos actos humanos realizadas con posterioridad a su nacimiento.

El artículo 25, párrafo primero de la Constitución dispone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento”. Y en el propio Código

Penal, que en su artículo 1, párrafo 1 señala que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”.

En cuanto al principio de irretroactividad, en el artículo 2, párrafo 2 del Código Penal, a cuyo tenor” tendrá efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan al reo aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, en caso de duda sobre la determinación de la ley favorable, será oído el reo”.

3. Principio del hecho

Según el mismo, el Derecho Penal actúa cuando se ha realizado una acción, en sentido amplio, por un sujeto. Esto implica que se excluye del mismo la fase interna, de ideación, deliberación y resolución. Es necesario que la resolución delictiva se exteriorice mediante una acción en el mundo exterior, para a partir de ahí intervenir el Derecho Penal.

4. Principio del bien jurídico

El Derecho Penal protege determinados bienes jurídicos (los más importantes, tales como la vida, la integridad física, etc), y solo debe tipificarse como delito su lesión efectiva o potencial, a través de una acción u omisión, dolosa o culposa.

5. Principio de culpabilidad

Es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos; y en segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino solo conductas y hechos; y en tercer lugar, es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso), o haya podido preverse y evitarse (que pueda existir culpa o imprudencia). Este principio será estudiado más detenidamente en otro tema.

6. Principio de proporcionalidad

Consiste en la exigencia de que la pena esté proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Viene reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

7. Principio de resocialización

El artículo 25, párrafo 2 de la Constitución, al decir que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad serán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados” lo consagra.

8. Principio de humanidad de las penas

En la historia penal se pasó de un sistema que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal ha sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados. Se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en el cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena.

IV. CONVERGENCIA SUSTANCIAL DE LOS PRINCIPIOS

1. Convergencia y Fundamento

Hasta este momento, hemos analizado las diferentes posturas sobre las diferencias sustanciales y formales del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, corresponde entonces sustentar que los principios de ambas potestades convergen en un mismo sentido, de esta manera sentar las bases para determinar que hay una unión entre ambas partes del ius puniendi del Estado.

Como se ha venido sosteniendo hasta este momento, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son partes de la facultad punitiva del Estado, es evidente, no hay forma de argumentar una separación absoluta o total independencia del derecho administrativo sancionador respecto del derecho Penal, al hacer esto caeríamos en el fenómeno de la despenalización del derecho administrativo¹⁴.

A este respecto, CASSAGNE señala que en la aplicación del derecho administrativo sancionador, se deben respetar, al menos, la garantía a un control judicial suficiente y observar las garantías del debido proceso.

¹⁴ CASSAGNE. Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 563-564. Y ROCHA PEREYRA. Sobre el Derecho Administrativo sancionador, Revista derecho administrativo, 2003.

Por lo tanto, si es que no es posible afirmar una separación absoluta sin que confluyan los riesgos mencionados anteriormente, tampoco se puede dejar al libre albedrío del legislador la tipificación de conductas consideradas como infracciones administrativas¹⁵, de esta manera, debemos entender que es necesario darle una justificación a la aplicación del Derecho Penal y que esta se haga extensivo al Derecho Administrativo Sancionador.

V. CONCLUSIONES

Las diferentes teorías expuestas arriba tienen diferentes perspectivas al momento de analizar la distinción de los ilícitos penales y los ilícitos administrativos, desde perspectivas sustanciales a perspectivas formales, corresponde haber criticado estas tesis en busca de la verdad, para solucionar las problemáticas que develan.

Las tesis expuestas anteriormente develan diferencias y similitudes entre sí, no obstante algunas son esenciales y por lo tanto no es admisible adoptar únicamente una tesis, más aún, al establecer diferencias y similitudes nos acercamos a descubrir la postura que resuelve mejor el problema.

Afirmar que hay una separación absoluta entre ambas potestades es erróneo, no se puede sostener una individualización absoluta del derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la medida en que afirmemos que ambas provienen de la misma fuente, el *ius puniendi* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

CORDERO QUINZACARA. El derecho administrativo Sancionador y su relación con el derecho penal, Revista jurídica, 2012.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO. La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Editorial Palestra 2012.

CASSAGNE. Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot.

MATTES. Problemas de derecho penal administrativo, Revista de derecho privado. Madrid. 1979, pp. 191 y ss.

RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. Fondo editorial de la PUCP, 10º, 2009.

NATÁN LICHT. La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa. Editorial el Derecho.

¹⁵ Cassagne. Derecho Administrativo Tomo II, Pag.564, editorial Abeledo-Perrot

ROCHA PEREYRA. Sobre el Derecho Administrativo sancionador, Revista de Derecho administrativo, 2003.