

**TENDENCIAS SOBRE LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS  
REGULADORES, LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL  
Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES**

PONENCIAS DEL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO Y REGULACIÓN

**PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA**  
(DIRECTOR)



Publicación  
editada  
en el Perú  
por Palestra Editores



Cultura Chancay (entre los años 1200 y 1470 d.C.)

TENDENCIAS SOBRE LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS  
REGULADORES, LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL Y  
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

Ponencias del Primer Congreso Internacional de  
Derecho Administrativo Económico y Regulación

**Anuario Internacional de  
Derecho Administrativo Económico y Regulación**

**TENDENCIAS SOBRE LA AUTONOMÍA  
DE LOS ORGANISMOS REGULADORES,  
LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL Y  
LOS PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES**

Ponencias del Primer  
Congreso Internacional de  
Derecho Administrativo Económico y  
Regulación

**Escriben:**

Pierino Stucchi López Raygada  
(Director)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Manuel Quindimil
Rosa Fernanda Gómez González	Rafael Ariño Sánchez
José Carlos Laguna de Paz	José Antonio Tirado Barrera
Rosa María Virginia Carrillo Salazar	Juan Carlos Cassagne
Carlos González Palacios	Carlos José Laplacette
José Carlos Velarde Sacio	Pierino Stucchi López Raygada
Juan David Barbosa Mariño	Hugo R. Gómez Apac
Sandra Fiorella Queija de la Sotta	



Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación  
N° 1, 2022

Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores,  
las medidas de defensa comercial y los procedimientos  
administrativos sancionadores

Ponencias del Primer Congreso Internacional de  
Derecho Administrativo Económico y Regulación

Pierino Stucchi López Raygada  
(Director)

Edición Digital, septiembre 2022

© 2022: Pierino Stucchi López Raygada

© 2022: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

© Universidad ESAN

Av. Alonso de Molina 1652, Surco, Lima-Perú

www.esan.edu.pe - esanediciones@esan.edu.pe

Cuidado de edición:

Manuel Rivas Echarri (Palestra)

Ada Ampuero (ESAN)

Corrección de estilo:

Óscar Carrasco

Diagramación y Digitalización:

Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-08334

ISSN: 2955-8344 (en línea)

ISSN: 2955-8115 (impresa)

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,  
bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o

almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

### PARTE I PRINCIPIO Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### EL PRINCIPIO Y EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

*Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

#### DELIMITACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

*Rosa Fernanda Gómez González*

1. Concepto de sanción administrativa
2. Elementos de la sanción administrativa
3. Actos administrativos desfavorables que no son sanciones
4. Derecho disciplinario
5. Sanciones contractuales
6. Multas coercitivas

Reflexiones finales

Fuentes citadas

### PARTE II AUTONOMÍA Y EFICACIA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

#### LOS ORGANISMOS DE “REGULACIÓN” Y SUPERVISIÓN

*José Carlos Laguna de Paz*

1. La regulación está reservada a la ley: los organismos de “regulación” y supervisión ejercen potestades administrativas
2. Su constitucionalidad
3. No son independientes sino funcionalmente autónomos
4. Alcance de sus competencias
5. No son un modelo necesario, sino una solución organizativa más

Conclusiones

Fuentes citadas

## AUTONOMÍA DE LOS REGULADORES COMO ATRIBUTO DE SU GOBERNANZA Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE

*Rosa María Virginia Carrillo Salazar*

1. Creación de los organismos reguladores
2. Dimensiones de la autonomía
3. La OCDE

Conclusiones

Referencias bibliográficas

## LOS ORGANISMOS REGULADORES EN CLAVE DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

*Carlos González Palacios*

1. Las fallas del mercado y la justificación de su regulación
2. La búsqueda de un equilibrio entre la garantía de las inversiones y la protección al consumidor y al usuario
3. La economía social de mercado como modelo contemporáneo exitoso
4. La eficacia de los organismos reguladores

Referencias bibliográficas

## RELEVANCIA DE LA AUTONOMÍA Y EFICACIA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN UN CONTEXTO DE REACTIVACIÓN ECONÓMICA

*José Carlos Velarde Sacio*

1. Perspectivas económicas en el marco de la pandemia
2. Relevancia económica y social en los sectores en los que actúan los organismos reguladores
3. Recomendaciones de la OCDE respecto de la autonomía financiera de los organismos reguladores

Referencias bibliográficas

## PARTE III SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

### ALGUNAS CONSIDERACIONES EN MATERIA DE MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL EN COLOMBIA

*Juan David Barbosa Mariño*

1. Medidas de defensa comercial: OMC y tratados de libre comercio
2. Algunas consideraciones en la aplicación de las medidas de defensa comercial en Colombia

A manera de conclusión

Referencias bibliográficas

### SITUACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTIDUMPING EN EL CONTEXTO ACTUAL

*Sandra Fiorella Queija de la Sotta*

1. Medidas antidumping en tiempos de crisis
2. Vigencia de las medidas antidumping
3. Una mirada al uso de las medidas antidumping en el Perú



Conclusiones

Referencias bibliográficas

## MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL Y SALVAGUARDIAS EN TIEMPOS DE LA COVID-19

*Manuel Quindimil*

1. El proteccionismo y la pandemia de la COVID-19
2. Los procedimientos administrativos en las investigaciones antidumping, antisubsidios y salvaguardias durante la pandemia

Reflexiones finales

Referencias bibliográficas

## PARTE IV DEBIDO PROCEDIMIENTO E IMPARCIALIDAD EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

### EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES ENTRE LAS FASES DE INSTRUCCIÓN Y DECISIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (A CARGO DEL INDECOPI)

*Rafael Ariño Sánchez*

1. El principio de separación de funciones entre instructor y decisor en los procedimientos disciplinarios
2. La problemática analizada y primera aproximación a la tesis que se defiende
3. La aplicación del derecho administrativo general peruano a Indecopi y advertencia sobre el error que supondría resolver la problemática analizada a través del derecho comparado europeo
4. La interpretación conforme del artículo 15.2 i) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Conclusiones

Referencias bibliográficas

### APUNTES SOBRE LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

*José Antonio Tirado Barrera*

1. Delimitación del alcance de la garantía de la imparcialidad en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas
2. La titularidad y alcance de los derechos fundamentales respecto de las personas jurídicas
3. La aplicación de las garantías del proceso penal en el procedimiento administrativo sancionador
4. Análisis del cumplimiento de la garantía de la imparcialidad objetiva respecto de ciertas actuaciones realizadas en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas

Conclusiones

Referencias bibliográficas

### LA SEPARACIÓN DE LAS FUNCIONES ACUSATORIA Y RESOLUTORIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*Juan Carlos Cassagne*

*Carlos José Laplacette*

1. Importancia de los principios. El principialismo
2. La doctrina de la separación de los poderes y su aplicación en el derecho administrativo sancionador
3. La naturaleza de la función penal administrativa sancionadora de la Comisión de Defensa de Libre Competencia del Indecopi: la jurisprudencia europea
4. La separación entre acusación y resolución a la luz del Sistema Interamericano
5. Constitucionalidad de las disposiciones legales
6. Inconstitucionalidad de la práctica administrativa
7. Consecuencias de las irregularidades descritas

Conclusiones

Referencias bibliográficas

## OPORTUNIDADES DE MEJORA PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA COMUNITARIO ANDINO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

*Pierino Stucchi López Raygada*

1. Mejora de condiciones institucionales esenciales
2. Mejora de ciertas condiciones esenciales para un adecuado y debido proceso o procedimiento administrativo
3. Incorporación de un régimen común de ayudas públicas
4. Consideración complementaria sobre la carencia de habilitación originaria y carencia de necesidad para un control de estructuras

Fuentes citadas

## EL CONTROL DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS TRANSFRONTERIZAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

*Hugo R. Gómez Apac*

1. El proceso de integración subregional andino
2. El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena
3. La evolución de las leyes andinas de defensa de la competencia
4. La Decisión 608 (abril de 2005)

Conclusiones

Fuentes citadas

SOBRE LOS AUTORES

# PRESENTACIÓN

**E**n julio del 2021 organizamos en la Universidad ESAN el I Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación, llevado a cabo con presencia virtual. Los ponentes invitados a este encuentro, asumieron el compromiso académico de dejar el registro de las investigaciones, análisis y reflexiones que sustentaron cada parte temática, convencidos de que las materias que conforman el ámbito del derecho administrativo económico y la regulación requieren de atención permanente y estudios actualizados. Así nació este libro titulado *Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores, las medidas de defensa comercial y los procedimientos administrativos sancionadores*, que es nuestro primer anuario sobre esta especialidad del derecho administrativo.

Los autores de este libro son académicos y profesionales iberoamericanos, expertos de referencia en cada uno de los temas abordados, la mayoría de ellos juristas o abogados, todos conscientes de la relevancia del derecho administrativo para asegurar el principio y el derecho a la buena administración que tienen los ciudadanos. También, participan como autores destacados economistas que nutren el análisis sobre las materias reguladas, contribuyendo, de esta manera, con interesantes reflexiones multidisciplinarias.

La primera parte, se inicia precisamente con la participación de Jaime Rodríguez-Arana (España), distinguido catedrático español, quien ha desarrollado una notable escuela de derecho público con énfasis en el principio y el derecho a la buena administración, materia que trata con claridad y amplitud docente. Igualmente, en esta primera parte se cuenta con la entrega de Rosa Fernanda Gómez González (Chile), académica experta en derecho administrativo sancionador, que aborda con rigor la delimitación de las

sanciones administrativas, diferenciándolas de otros actos de naturaleza distinta a cargo de una autoridad.

En la segunda parte de este libro, dedicada al funcionamiento autónomo de los organismos reguladores —una cuestión de permanente relevancia—, contamos con una ilustradora contribución de José Carlos Laguna de Paz (España), reconocido catedrático español, quien nos revela que estos organismos no deben ser llamados a ostentar una absoluta independencia, sino a estar dotados de una clara autonomía funcional, lo cual resulta de gran importancia para sus funciones. En esta sección del libro, se incluye también la contribución de Rosa María Carrillo Salazar (Perú), destacada funcionaria pública de carrera, quien explica las brechas que impiden garantizar el pleno ejercicio de facultades de estos organismos bajo un modelo de regulación independiente; para ello, contrasta los informes de la OCDE al respecto. Igualmente participa el economista experto en regulación José Carlos Velarde Sacio (Perú), cuyo recorrido por diferentes organismos reguladores le permite decantar relevantes lecciones respecto de la autonomía de dichas instituciones y su efecto sobre las inversiones que el país requiere para cerrar las brechas de infraestructura en los servicios públicos. Concluye esta parte, con la entrega de Carlos González Palacios (Perú), profesor de la carrera de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN, investigador experto en derecho público, quien formula un análisis sobre los fundamentos constitucionales de la actividad y la autonomía de los organismos reguladores.

La tercera parte del libro, está dedicada a la aplicación actual de las medidas *antidumping*, compensatorias contra subsidios y de salvaguardias en el ámbito de comercio exterior, teniendo en cuenta que se trata de disciplinas internacionales de contenido económico que se aplican desde el ámbito administrativo. Juan David Barbosa Mariño (Colombia), abogado, especialista de talla internacional en esta materia, desarrolla la cuestión relativa a la aplicación de medidas de defensa comercial en Colombia, delineando lo que sería el contexto de su aplicación después de la pandemia. Sandra Fiorella Queija de la Sotta (Perú), economista experta en la aplicación de medidas *antidumping*, nos revela evidencia de que, ante una coyuntura de crisis económica, los Estados pueden dar mayor uso a medidas de protección a la industria nacional, lo cual no se encuentra necesariamente alineado con los estándares administrados por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Asimismo, en esta sección del libro, Manuel Quindimil (Argentina-Perú),

profesor de la carrera de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN, analiza si, como efecto de la pandemia, los países han recurrido a medidas de defensa comercial o salvaguardias para evitar la competencia con sus industrias nacionales.

La cuarta parte de este libro, se dedica a un tema que ha concitado significativo interés, preocupación y debate en la jurisdicción peruana: el debido procedimiento y la imparcialidad en la defensa de la libre competencia. Así, la primera contribución, a cargo de Rafael Ariño (España), destacado experto en derecho público, aborda el principio de imparcialidad y la separación de funciones entre las fases de instrucción y decisión en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, dejando claro que actualmente no se cumplen dichas exigencias. Asimismo, se cuenta con la contribución de José Antonio Tirado (Perú), profesor de ESAN *Business Law*, que desarrolla apuntes sobre la garantía de la imparcialidad objetiva en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, señalando las brechas de cumplimiento que se presentan en su tramitación ante el Indecopi. Cierra esta parte, el notable maestro Juan Carlos Cassagne (Argentina) en coautoría con Carlos José Laplacette (Argentina), académico y también experto en derecho administrativo; ambos autores llegan a la conclusión de que la separación ente la acusación y el juzgamiento forman parte del principio esencial del debido procedimiento peruano, que se aplica al procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia, lo que exige una separación efectiva y real entre los órganos a los cuales se les asigna cada competencia.

La quinta parte cierra el libro, ocupándose de la institucionalidad y del procedimiento administrativo sancionador en la defensa de la competencia en la Comunidad Andina. Hugo Gómez Apac (Perú), magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aborda el control de las conductas anticompetitivas transfronterizas en este ámbito comunitario. Corresponde al suscrito, como contribución a esta obra, proponer con base en una reciente investigación doctoral, un recuento de las oportunidades de mejora para el fortalecimiento del sistema comunitario andino de defensa de la competencia.

El mérito de esta publicación corresponde por entero a sus autores, a quienes extendemos nuestro agradecimiento absoluto. Asimismo, reconocemos especialmente la determinante participación del consejo editorial de este libro, conformado por Paulo Comitre Berry, director de ESAN *Business Law*; Rafael

Ariño (España), socio de Ceca Magán Abogados; y Carlos González Palacios (Perú), profesor de nuestra facultad. Agradezco a la universidad haberme confiado la dirección de esta obra, lo cual me honra.

Finalmente, nuestro reconocimiento a las editoriales Tirant lo Blanch (España) y Palestra (Perú), que acogieron este proyecto editorial anual junto con ESAN Ediciones, nuestra casa editorial. Esta cooperación interinstitucional e internacional nos permite amalgamar nuestra especialidad en derecho corporativo y derecho administrativo económico, y regulación con una alta capacidad para el tratamiento editorial y la adecuada difusión internacional de esta obra.

Pierino Stucchi López Raygada

Doctor en Derecho

Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad ESAN

PARTE I  
PRINCIPIO Y DERECHO A UNA  
BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# EL PRINCIPIO Y EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

*Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

*(España)*



Los valores y principios constitucionales deben entenderse en el marco de la cláusula del Estado social y democrático de derecho. En este sentido, es posible decir, de manera general que, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se vive —especialmente en el denominado *mundo occidental*— bajo un modelo de Estado que se define como social y democrático de Derecho. Este modelo, como se sabe, supone un estadio más en la evolución de la institución estatal desde su primera dimensión constitucional, cuando adoptó la forma de Estado liberal de derecho. Dicha transformación, como se ha estudiado ampliamente, ofrece una proyección muy relevante acerca del sentido y de la funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona que, además de constituir espacios de no interferencia de los poderes públicos, empiezan a ser considerados también como elementos estructurales básicos y directrices centrales de la médula de la acción del Estado.

En realidad, las declaraciones internacionales de derechos, —tanto la de Naciones Unidas de 1948 como aquellas que la siguieron— empezaron a denominar *derechos humanos* a aquellos que son innatos a la persona; se consideran como tales a los derechos que el ser humano tiene en cuanto tal, que le pertenecen, que en algunos casos van más allá de la lógica individual y que se insertan en derechos que exigen —por estar indisolublemente unidos a la dignidad humana— determinadas obligaciones de hacer o prestaciones que la sociedad y el Estado deben realizar.

En efecto, los derechos fundamentales de la persona son inherentes al ser humano, sean de orden individual en su versión clásica u objeto de determinadas prestaciones del Estado o de la sociedad, dirigidas a garantizar unas condiciones de dignidad que hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona.

De la cláusula del Estado social y democrático de derecho, surgen los denominados derechos sociales fundamentales, de tanta actualidad hoy, en tiempos de pandemia, pues los poderes públicos y las instituciones sociales deben asegurar condiciones de vida dignas para las personas frágiles y

vulnerables, que son las que peor están encarando la crisis general que ha traído consigo la pandemia de la COVID-19.

Tales derechos, por el hecho de ser fundamentales, gozan de dicho rango y calibre en cuanto a su reconocimiento y protección jurisdiccional. Mientras que otros derechos pueden ser de titularidad colectiva, la titularidad de los derechos sociales fundamentales (como el derecho a la alimentación, al vestido, a la salud, a la educación) es personal, individual; esto es, que el titular es la persona humana.

Son derechos de la persona, que precisa un mínimo de condiciones para llevar una vida digna; derivan de la dignidad humana. Como señala Maziotti, mediante los derechos sociales se intenta proteger a los individuos en el seno de situaciones concretas por las que atraviesan en la vida social. Se trata de derechos inherentes a la persona en su dimensión social y que le permiten el ejercicio de la libertad solidaria, ínsita en la dignidad que le es propia al ser humano.

Los derechos sociales fundamentales son, asimismo, derechos generales, puesto que corresponden a todas las personas cualquiera que sea su condición, raza o país de residencia. Su finalidad, es garantizar condiciones mínimas para una vida digna y como consecuencia de ello, cubrir necesidades básicas y elementales del ser humano para su vida en sociedad.

Por otra parte, el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales supone poner énfasis en la solidaridad social. Es decir, estos derechos cuyo núcleo indisponible reside en las necesidades básicas de sus integrantes, son parte del mecanismo por medio del cual el individuo, que se halla inmerso en el entramado social, puede desarrollarse libre y solidariamente, de modo que le resulta posible contribuir al bienestar general.

Los derechos sociales fundamentales, son derechos subjetivos cuyo contenido consiste en determinadas acciones positivas que realizan los poderes públicos o sociales para asegurar un mínimo de condiciones para una vida digna, así como el desarrollo libre y solidario de los seres humanos.

En sentido estricto, los derechos sociales fundamentales son derechos de prestación; es decir, exigen conductas positivas o activas que consisten en dar algo o realizar acciones que permitan el libre y solidario desarrollo de las personas en sociedad; en esta medida, implican desembolsos, dotaciones presupuestarias, por lo que los ministerios de carácter social deben prever que la efectividad de estos derechos quede reflejada en los presupuestos.

Obviamente, en los países donde haya más pobreza y más población excluida el Estado deberá destinar partidas acordes y proporcionales con la aspiración a que todos los ciudadanos vivan en condiciones dignas. Que se trate de obligaciones positivas no quiere decir, sin embargo, que el Estado no deba aliarse estratégicamente con instituciones sociales especializadas, de modo que la tarea promocional de los derechos y de remoción de los obstáculos se realice en régimen de colaboración o cooperación, pues el interés general en el Estado social y democrático de derecho debe ser definido y gestionado entre poderes públicos.

El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho es, como he señalado de manera recurrente, el derecho del poder público para la libertad solidaria, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general. Atrás han quedado, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o en el poder como esquemas unitarios desde los cuales plantear el sentido y la funcionalidad del derecho administrativo.

En estos tiempos, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica —y más humana también— desde la cual el derecho administrativo adquiere un compromiso especial, con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del derecho público.

El lugar que antaño correspondía al concepto de la potestad, del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa, por derecho propio, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales y también, obviamente, en el derecho administrativo. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y la administración pública, proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración —al que también se refiere el doctor Casarín León—, reconocido en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 y en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en octubre de 2013. La persona, el ciudadano, el administrado o particular —según la terminología jurídico-administrativa en uso correspondiente— ha

dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces. El desafío es construir una concepción más justa y humana del poder que, como consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erija en instrumento idóneo al servicio objetivo del interés general.

La perspectiva abierta y dinámica de un poder orientado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del gobierno y de la administración pública sea, en efecto, un elemento esencial para que la dirección de la cosa pública preste una atención preferente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, concepto que abarca la generalidad de los ciudadanos.

El derecho administrativo moderno, parte de la consideración central de la persona, así como de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos —es pertinente insistir en ello— ya no son sujetos inertes que reciben única y exclusivamente bienes y servicios públicos del poder. Ahora, a raíz de su inserción en el Estado social y democrático de derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto definido unilateralmente por la Administración, sino que debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

En efecto, el interés general —que es el de todos los integrantes de la sociedad en cuanto tales— ya no es patrimonializado por el poder público ni puede ser definido de manera unilateral por la Administración. Como consecuencia de la proyección de la participación, el interés general debe abrirse a la pluralidad de modo que el espacio público pueda ser administrado y gestionado, teniendo presente la multiforme y variada conformación social. El problema es, que la ciudadanía vive todavía un tanto temerosa porque aún no ha caído en la cuenta de que el titular, el propietario de la política y de sus instituciones es el pueblo soberano. Además, los políticos y funcionarios

todavía no aciertan a comprender que los poderes que gestionan son del pueblo y que les han sido entregados por este y que su función es administrarlos al servicio objetivo de todos, y siempre con la correspondiente rendición de cuentas.

Tratar sobre buena administración, como hace Manlio Fabio Casarín León en su ensayo, constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos y las correspondientes cualidades democráticas, exigibles a quien ejerce el poder en la administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Es decir, tal como he señalado en mi libro *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, se requiere que dicho poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible.

En realidad, el nuevo derecho administrativo nos plantea —como consecuencia de la objetividad que impregna el quehacer de los poderes públicos— una nueva funcionalidad de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando se acuda a las cláusulas exorbitantes. La razón de esta nueva manera de contemplar el derecho administrativo, se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena administración. Bajo nuestro derecho, podríamos resumir este concepto diciendo que la buena administración es aquella que actúa, en todo caso, al servicio objetivo del interés general.

Tratar sobre el derecho fundamental de la persona a una buena administración significa plantear la cuestión desde la perspectiva del ciudadano: el derecho administrativo considerado desde la posición central que tiene aquel. Este punto de vista, cómo ha señalado agudamente Crozier, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia administración pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente —cómo se prefiera denominarlo—, todavía bien presentes en el panorama académico. La explicación no es compleja, porque hasta hace relativamente poco tiempo la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función de la administración pública se centraba excesivamente en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose —y esto es lo sorprendente— del destinatario natural y propio de las políticas públicas, de los poderes públicos: la ciudadanía. Por qué o cómo haya acontecido esta situación en el

tiempo, no es materia para este breve comentario. Ahora solo me interesa constatar que ha sido así durante muchos años y que en nuestro tiempo ha cobrado, afortunadamente, especial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la administración pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales en la que se incardina, como correlato de esta obligación administrativa de naturaleza constitucional, el derecho fundamental a la buena administración pública.

En la medida en que la administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y estos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio esencial a la comunidad. De esta manera, resulta más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena administración pública, derecho que supone, como corolario imprescindible, la obligación de la administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general.

El derecho administrativo, tal y cómo se nos presenta cotidianamente en nuestros países es, lo sabemos bien, un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que proviene de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la Revolución Francesa. En efecto, el derecho administrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivar el poder público, que en el Antiguo Régimen se hallaba expuesto al capricho y a la pura voluntad de mando del rey.

El derecho administrativo adquiere en este tiempo una gran relevancia, ya que asistimos al intento —desesperado en ocasiones— del fundamentalismo económico o de la lógica del poder político por el poder, por arrumbar, por abatir las más nobles aspiraciones de justicia en favor del beneficio empresarial, del dominio político o de la utilidad, que son hoy en día los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración. Pues bien, frente a este intento de teñir el interés general bajo consideraciones parciales, se levanta hoy el nuevo derecho administrativo como un dique de contención frente a tanto atentado contra el bienestar general e integral del pueblo, como se perpetra a diario en nombre de un pensamiento único que

desdice de la esencia, de la naturaleza, del alma de un ordenamiento jurídico construido para que el poder público actúe a través de la senda del derecho consciente de su función de servicio objetivo al interés general.

Desde este punto de vista, destaca la necesaria caracterización constitucional del derecho administrativo, pues esto nos brinda unas sólidas bases para pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del derecho público que —como diría García de Enterría— encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, su principal seña de identidad. En este contexto, en este marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano, adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena administración, que desde la Constitución española, aunque no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales, puede considerarse una derivación lógica de la tarea de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las administraciones públicas.

En efecto, caracterizar el derecho administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesariamente el replanteamiento de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por esta razón, deben ser sustituidos de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de derecho. Este es en su configuración y presentación, por cierto, muy diferente del nacimiento del Estado-providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como función esencial de competencia del Estado. Hoy, la principal tarea del Estado es, en mi opinión, garantizar el interés general; por ello, el derecho administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos; de lo contrario, perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la cual montar todo el derecho administrativo, hemos acudido a alguno de los tres tipos de aproximaciones: la subjetiva, la objetiva o la mixta. Mantener una orientación única es, quizás, una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del derecho público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, vedadas hace años precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también quedar fuera de dudas que el derecho administrativo del siglo XXI es distinto del que regía el siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es muy diferente, como también lo es el modelo de Estado actual. “El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”, es una manida y reiterada frase —acuñada, según parece, por Otto Mayer— que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa son, de una u otra forma, permanentes. Obviamente, en determinados momentos y según el modelo político del Estado, puede variar la intensidad de la presencia de los poderes públicos.

Esta aproximación, propia del tiempo en que vivimos, es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la administración pública; encuentra sustento en lo que Meilán Gil —maestro y amigo que tenía, me consta, la mejor de las opiniones sobre Manlio Fabio Casarín León— denominaba *derecho administrativo constitucional*, que en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena administración como administración al servicio objetivo del interés general.

Estas consideraciones constitucionales nos permitirán entender mejor el sentido que puede tener para nosotros dicha expresión de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales con respecto al derecho fundamental a la buena administración, recogida ya, por cierto, en los catálogos de derechos establecidos en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía de este tiempo.

¿Este derecho es previo a la buena administración pública o es corolario inevitable de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos deban ser atendidos de determinada manera? Esta es una cuestión relevante, porque de su respuesta se deducirá la naturaleza y el sentido de la función de la administración pública. Si existen instituciones públicas, es porque ya había intereses comunes que debían ser atendidos convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, etc., porque las personas en conjunto e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona, así como sus necesidades colectivas lo que explica la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.



La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados, de manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados *de buen gobierno o buena administración*, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué la Unión Europea la proclama como derecho fundamental? Por una gran razón, que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas pertenecen a la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar orientadas al servicio general y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano ya no es ahora sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque estos se definen, en el Estado social y democrático de derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice en consonancia con el libre desarrollo solidario de las personas. Por eso, es un derecho fundamental de la persona, puesto que la persona, en cuanto tal, requiere que lo público, que el espacio de lo general esté atendido de manera que le permita realizarse en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana, desde diferentes dimensiones.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo para garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el cual proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar, a partir de las distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo, por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores, que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad, que se cifra en la obsesión ideológica, planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende, del interés público a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece, puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental se refiere a la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la administración pública y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo demás, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio de lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, como se ha apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de derecho aparece fuertemente conectado al fomento, a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran, removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

El profesor Casarín León termina su completo y documentado ensayo, abordando otro tema central del derecho administrativo: la responsabilidad patrimonial del Estado. Se trata de una cuestión clásica en los programas académicos de nuestra disciplina siempre presente en la medida en que el principio de la reparación de los daños ocasionados a los particulares en sus bienes o derechos por el funcionamiento de los servicios públicos constituye uno de los principios generales del moderno derecho administrativo constitucional. Un principio general que lo es del derecho, tanto en su

dimensión privada como pública. Quien causa un daño, sea quien sea —una persona jurídica privada o una persona jurídica pública—, está obligado a repararlo.

La responsabilidad patrimonial del Estado es, en efecto, una cuestión delicada que debe analizarse desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Y por una razón poderosa: porque el sistema de responsabilidad universal, objetiva y directa no es real: aunque objetivo en su formulación, no lo es tanto en su aplicación, pues, como señala el profesor Moreno Molina, la jurisprudencia en España, por ejemplo, nos ofrece ribetes culpabilísticos que no son más que la constatación de la proyección del modelo a la realidad.

Nos encontramos pues, ante una cuestión de gran trascendencia en la que se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas debemos analizar y estudiar con detenimiento, porque mantener, contra viento y marea, como dogma y piedra angular del sistema el modelo objetivo, directo y universal de la responsabilidad del Estado tal y como está planteado en tantos ordenamientos, entraña problemas de entendimiento con los postulados del nuevo derecho administrativo. En este sentido, pienso que el Estado social y democrático de derecho no se compadece con este superblindaje del que gozan los representantes, los administradores de los tres poderes del Estado frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva, universal y directa del Estado.

Es verdad: solo faltaría que los ciudadanos tengan derecho a ser resarcidos de los daños que les produzcan, en sus bienes o derechos, los poderes del Estado con su actuación, omisión, inactividad o a través de las vías de hecho. Pero también, ha de tenerse en cuenta que un régimen general de anonimato, como el que provoca un descafeinado y teórico sistema objetivo, universal y directo de responsabilidad, propicia y hace posible una cierta irresponsabilidad en la tarea de quienes forman parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Si la acción de repetición, como sabemos y experimentamos, no funciona y los daños crecen exponencialmente al igual que las indemnizaciones que salen de los bolsillos de los ciudadanos, hay que pensar en reformas y en buscar modelos que realmente puedan ser operativos.

Es decir, las actuaciones de los tres poderes del Estado, en uno u otro sentido, son realizadas por personas concretas, con nombres y apellidos, cada una en función de la posición que le corresponde. En efecto, cuando se lesiona

un derecho o un bien de un ciudadano desde la administración pública, es siempre consecuencia de que alguien, alguna persona que actúa como miembro de alguno de los poderes del Estado, provocan el daño al particular con su actuación, inactividad, omisión o vía de hecho. Por tanto, ya que estamos en un momento en el que, desde muchos puntos de vista, la reflexión sobre la libertad y la correlativa responsabilidad personal parece que no están demasiado de moda, resulta pertinente afirmar, con todas sus consecuencias, que la libertad y la responsabilidad son dos caras de la misma moneda. Como decían los clásicos: “máxima libertad”, por supuesto, pero también “máxima responsabilidad”. No contemplar la causa del daño y centrar el tiro única y exclusivamente en el patrimonio de una persona que no tiene, por supuesto, la obligación de soportar un daño debe ser complementado con la consideración de mejorar el funcionamiento del Estado en su conjunto.

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado actual exige, en general, reformas. En efecto, en materia de derecho fundamental a la buena administración, el artículo 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales parece reclamar un derecho común europeo sobre responsabilidad pública que, al día de hoy —si analizamos el derecho español, italiano, francés o alemán—, se antoja una tarea relevante, aunque bien compleja. Como es sabido, el sistema objetivo, directo y universal que tenemos en España desde hace varias décadas no coincide, en modo alguno, con los sistemas de Alemania, Francia o Italia, instalados sobre otros postulados más en consonancia con la idea aquiliana de la responsabilidad.

La tarea, desde luego urgente y necesaria, supondrá necesariamente una modulación del modelo actual para adaptarlo a la realidad, a una perspectiva más abierta e integral del alcance y significado del derecho del ciudadano a ser resarcido de los daños que le cause el funcionamiento de las instituciones públicas; y, por supuesto, en clave de buena administración, a partir de la propia actuación de quienes laboran al interior de cada uno de los tres poderes del Estado.

# DELIMITACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

*Rosa Fernanda Gómez González\**

*(Chile)*

Las sanciones constituyen una medida negativa que debe sobrellevar toda persona que incurra en una conducta indebida<sup>1</sup>; sin embargo, no toda medida de gravamen para sus destinatarios califica como sanción administrativa. En términos generales, el carácter aflictivo de la sanción permite distinguirla de otras medidas que impone la Administración, pero que no tienen carácter sancionador, por cuanto sus funciones y finalidades son diversas. Las medidas correctivas, por ejemplo, tienen como finalidad restablecer la legalidad conculcada<sup>2</sup>.

Por ello, se analizan en este trabajo; (1) el concepto de sanción administrativa y (2) sus elementos para enseguida, diferenciar las sanciones administrativas de otras figuras de gravamen<sup>3</sup>, tales como (3) los actos administrativos desfavorables que no constituyen sanciones administrativas, (4) las medidas disciplinarias, (5) las sanciones contractuales y (6) las multas coercitivas.

#### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA<sup>4</sup>

La palabra *sanción* (del latín *sanctio*, *-ōnis*)<sup>5</sup> es un término que normalmente se utiliza como sinónimo de pena (del latín *poena*, ‘castigo’, ‘tormento’, ‘pena’, y este, a su vez, del griego *ποινή* *poiné*). Se trata de un concepto, que suele estar asociado a diversas medidas de carácter represivo adoptadas por el Estado como respuesta a un ilícito predeterminado normativamente como tal.

En el marco de las funciones que la Administración debe llevar a cabo al interior de la sociedad, para satisfacer determinados valores y bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, se dispone de diversas herramientas. Una de ellas, es la potestad punitiva o sancionadora, la cual ha sido conferida para sancionar las conductas de los particulares contrarias a los fines que informan su actividad. Este poder tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la legalidad<sup>6</sup>,

operando como un mecanismo de respuesta frente a la transgresión de disposiciones jurídico-administrativas.