

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

“MODIFICACION DEL EFECTO DEVOLUTIVO POR EL SUSPENSIVO
EN LA PRESENTACION DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN EL
SISTEMA DE REGULACION SECTORIAL (SIRESE), ESPECIALMENTE
EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPOSICION DE MULTAS
PECUNIARIAS”

TESIS PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO
DE LICENCIADO EN DERECHO

POSTULANTE: AIMORE FRANCISCO ALVAREZ BARBA
TUTOR: DR. HAVIER TAPIA GUTIERREZ

LA PAZ - BOLIVIA
2006

MODIFICACION DEL EFECTO DEVOLUTIVO POR EL SUSPENSIVO EN LA PRESENTACION DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA DE REGULACION SECTORIAL (SIRESE), ESPECIALMENTE EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPOSICION DE MULTAS PECUNIARIAS

1.	INTRODUCCIÓN	1
1.1.	OBJETIVOS	2
1.1.1.	OBJETIVO GENERAL	2
1.1.2.	OBJETIVO ESPECIFICO	2
1.2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.3.	HIPÓTESIS	4
1.4.	METODOLOGÍA DEL TRABAJO	4
2.	ANTECEDENTES	5
2.1.	ANTECEDENTES HISTORICOS	5
2.1.1.	EL SIRESE	5
A.	ANTECEDENTES	5
B.	CREACION	8
C.	RELACION ENTRE CAPITALICION Y REGULACIÓN	9
D.	MARCO LEGAL	11
E.	OBJETIVOS	11



F. RELACION ENTRE ESTADO Y SIEMPRE	12
G. AUTONOMIA DE GESTION	12
H. ESTRUCTURA ORGANICA	13
I. FINANCIAMIENTO	13
2.1.2. EL DEBIDO PROCESO	14
A. IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO	14
B. ANTECEDENTES	15
C. GARANTIAS QUE ASEGURA EL DEBIDO PROCESO	19
2.1.3. EL EFECTO DEVOLUTIVO	21
2.1.4. EL EFECTO SUSPENSIVO	22
2.2. ANTECEDENTES TEÓRICOS Y DOCTRINALES	24
2.2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES	24
A. CONCEPTO	24
B. ESTADO DE DERECHO	25
C. LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	27
2.2.2. LOS RECURSOS Y SUS EFECTOS	28
A. LOS RECURSOS	28
B. EFECTO DEVOLUTIVO	31
C. EFECTO SUSPENSIVO	31
2.2.3. LA DISCRECIONALIDAD Y LA ARBITRARIEDAD EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN	32
2.2.4. DERECHO ADMINISTRATIVO GARANTISTA	36
2.2.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	38

3.	ASPECTOS LEGALES	44
3.1.	LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	44
3.2.	LEY 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	45
3.3.	LEY 1600 DE SISTEMA DE REGULACIÓN SECTORIAL	46
3.4.	DECRETO SUPREMO 24505	46
3.5.	DECRETO SUPREMO 27172	48
4.	MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL EFECTO DEVOLUTIVO POR EL SUSPENSIVO	48
4.1.	PRIMACIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	49
4.2.	VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR EL EFECTO DEVOLUTIVO .	52
4.3.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	54
5.	CONCLUSIONES	57
5.1.	CONCLUSIONES GENERALES	57
5.2.	RECOMENDACIONES	61
6.	BIBLIOGRAFÍA	64
7.	ANEXOS	65

Resumen

La presente Tesis de Grado posee un elevado interés jurídico, toda vez que se plantea un aspecto importante para avanzar y profundizar en Bolivia lo que constituye la justicia administrativa y las condiciones del debido proceso, que considerando los efectos en la presentación de los recursos administrativos en el SIRESE, sobre la imposición de multas pecuniarias impuestas a los sectores regulados. Porque justicia administrativa y debido proceso deben ir de la mano para lograr un Estado de Derecho mas fuerte y otorgarle seguridad jurídica a las personas y más aun ahora que las doctrinas modernas del garantismo establecen que deben respetarse los principios procesales ya que estamos frente a la menester sustitución del efecto devolutivo por el suspensivo en lo que se trata de imposición de sanciones pecuniarias a los entes regulados por el SIRESE, para que estos puedan ejercer todos sus derechos y garantías.

MODIFICACION DEL EFECTO DEVOLUTIVO POR EL SUSPENSIVO EN LA PRESENTACION DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA DE REGULACION SECTORIAL (SIRESE), ESPECIALMENTE EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPOSICION DE MULTAS PECUNIARIAS

1. INTRODUCCION

En el presente trabajo de grado nos ha llevado a analizar la problemática del efecto devolutivo en nuestra economía legal administrativa, debido al hecho de que su aplicación a partir del Art. 59 de la ley 2341, Ley de Procedimiento Administrativo, y el Art. 22 de la ley 1600, SIRESE, durante la impugnación de las resoluciones administrativas en la presentación del Recurso de Revocatoria y Jerárquico contra las sanciones pecuniarias impuestas al administrado, vulnera los derechos constitucionales al debido proceso, presunción de inocencia y de legalidad, ya que nadie puede ser sancionado ni en materia penal ni administrativa sin haber agotado las vías pertinentes. Por tanto al no permitirse impugnar la sanción sin haber pagado antes la multa claramente se está menoscabando los derechos consagrados en nuestra constitución. Por ende es menester la sustitución del efecto devolutivo por el suspensivo, interrumpiendo la ejecución de la resolución impugnada, para permitir al administrado una efectiva defensa enmarcada con todos los principios de nuestra carta magna.

Ya que hoy en día con el avance de las teorías garantistas del derecho es inconcebible que aún se desarrollen procesos en el marco de la arbitrariedad del poder punitivo del Estado y la desigualdad de las partes.

Es así que la presente tesis va a hacer referencia a todos los antecedentes históricos, teóricos, doctrinales y jurisprudenciales del debido proceso, el principio de legalidad en el ámbito administrativo y otros, que demuestran que al condicionar el derecho a impugnar, buscando una revisión o decisión mas justa, por parte del efecto devolutivo se viola nuestra constitución y hace clara la necesidad de introducir el efecto suspensivo como regla general y no para casos especiales, porque solo de esta manera se va a cumplir con las metas de crear un verdadero Estado de Derecho moderno, en el que se cumple la ley por todos, administración y administrados, para el alcance de un bien mayor como es el de la justicia.

1.1. OBJETIVOS

1.1.1. OBJETIVO GENERAL

Demostrar la necesidad de la modificación del efecto devolutivo en las disposiciones legales vigentes de los actos administrativos que imponen multas pecuniarias, en la resolución de los recursos administrativos interpuestos por el administrado, y alternativamente proponer la inclusión del efecto suspensivo en lo referente a las sanciones pecuniarias en nuestro ordenamiento jurídico para lograr fortalecer el Estado de Derecho de que todas las personas, sean naturales o jurídicas, deben gozar en nuestro país.

1.1.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Demostrar que el efecto devolutivo deja en total indefensión a la persona que interpone un recurso de revocatoria, jerárquico o cualquier recurso administrativo, debido a que atenta a las reglas del debido proceso y la presunción de inocencia, ambos principios consagrados en la Constitución Política del Estado.

- Analizar las ventajas que tiene el efecto suspensivo sobre el devolutivo para una administración mas transparente, demostrando que el órgano administrativo competente para resolver un recurso no debería tener la potestad unilateral e inapelable de decidir sobre la aplicación del efecto devolutivo o el suspensivo, comprobando que no se puede ser parte y juez a la vez.

- Justificar la aplicación e inserción del efecto suspensivo en vez del devolutivo en el procedimiento de los recursos administrativos de revocatoria y jerárquico.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La aplicación del efecto devolutivo en el ámbito legal vigente referente a la imposición de sanciones pecuniarias al administrado vulnera el derecho constitucional al debido proceso que gozan las personas. Este motivo nos lleva a hacernos las siguientes preguntas: ¿Será que debido a la doble personalidad del Estado y haciendo uso de su Personalidad Pública, la Administración puede arbitrariamente y de manera unilateral disponer resoluciones en contra del Administrado, sin tomar en cuenta los derechos de estos, generando una desprotección e indefensión por el uso del efecto devolutivo en la resolución de las impugnaciones?, ¿Basados en el principio de legitimidad de los actos administrativos podrá el Estado avasallar los derechos constitucionales de las personas, creando así disposiciones inconstitucionales que atenten contra el debido proceso?, y finalmente ¿Será legal que la Administración imponga multas pecuniarias a los particulares sin haber agotado las vías pertinentes, para esclarecer la veracidad y existencia que originó la sanción, basados en una norma que se encuentra al margen de la constitución por tratarse de empresas privadas?. Estos son los problemas que trataremos de dilucidar en el transcurso de la tesis para exponer que ni siquiera el Estado o su Gobierno están por encima de la ley, que ha sido creada por un acuerdo de toda la sociedad en su conjunto.

1.3. HIPOTESIS

“Mientras se continué con la aplicación del efecto devolutivo en la impugnación de resoluciones administrativas que imponen sanciones pecuniarias en el ámbito de la ley SIRESE, se seguirá vulnerando el derecho al debido proceso que tiene el administrado.”

1.4. METOLOGIA DEL TRABAJO

El método general que usaremos en el desarrollo del presente trabajo de grado es el Método Deductivo: porque partiremos primero de la ley general y los principios en ella establecidos para luego ir desglosando a las leyes mas específicas sobre la materia de nuestro ordenamiento jurídico y sus principios, de manera que lograremos ver como poco a poco al descender la pirámide jurídica de Kelsen el efecto devolutivo atenta contra las garantías del debido proceso. Este método será claramente desarrollado al momento de explicar de que manera vulnera los principios constitucionales y como existe contradicción entre la misma ley 2341, 1600 y el reglamento de la ley SIRESE DS N° 24504.

Y los métodos específicos que usaremos a lo largo de la tesis de grado serán los métodos Gramatical y Normativo: Ya que ambos métodos no son contradictorios entre si, más bien se complementan para entender mejor la violación del efecto devolutivo en nuestro sistema legal. En la etapa de los aspectos doctrinales y legales en vigencia aplicaremos ambos métodos para demostrar como la ley SIRESE al establecer el efecto devolutivo esta en flagrante contradicción con la Constitución Política del Estado, analizando detalladamente lo que realmente significa en su etimología y alcance cada efecto en cuestión, y como atentan contra las garantías del debido proceso y presunción de inocencia, ambos principios establecidos en la ley de leyes, por lo que nos apoyaremos en este análisis para demostrar que al sustituir el efecto devolutivo por el suspensivo

mejoraremos el sistema legal de nuestro país, pues estaremos cumpliendo con lo que manda la carta magna.

2. ANTECEDENTES

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1.1. El Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)

A. Antecedentes

Bolivia ingresó por primera vez en su historia en la moderna economía de mercado en 1985, cuando comenzó a aplicarse el sistema neoliberal de la Nueva Política Económica (NPE). El responsable fue el Presidente Víctor Paz Estensoro, el mismo estadista que en 1952 había instaurado el nacionalismo, el Estado empresario y la intervención del mercado. Mientras en 1952 luchó contra los que paralizaban el Estado desde fuera (la oligarquía de los “barones del estaño” y los latifundistas), en 1985 bregó contra los que lo paralizaban desde dentro: la burocracia, la ineficiencia de las empresas públicas, el excesivo intervencionismo de la economía, el elevado déficit fiscal, la hiperinflación del 24.000% anual y las exigencias insatisfechas de la sociedad civil. En síntesis, se enfrentó contra el modelo económico, político y social que él mismo había creado hacía 33 años.

En el corto plazo, la Nueva Política Económica logró éxito en el equilibrio macroeconómico; sin embargo, las reformas de segunda generación – como la privatización y las reformas del Estado – se produjeron siete años después de haber cambiado el modelo económico.

Si bien el programa de estabilización y ajuste estructural se mantuvo en los diez años siguientes, la incertidumbre institucional y la falta de reformas estructurales que acompañaran el nuevo modelo explican por qué no aumentó significativamente la inversión y el crecimiento en dicho período. En 1986 la inversión bruta fue de US\$ 628 millones, y de sólo US\$ 552 millones en 1990. El PIB en 1987-1995 creció a un promedio de 3,7% anual, insuficiente para Bolivia por los altos niveles de pobreza, que requerirían de más de cincuenta años para reducirla a la mitad a un ritmo de crecimiento sostenido del 4%.

Hasta 1996, y por sesenta años, todos los monopolios que producen servicios públicos eran propiedad del Estado, que los administraba. No existía una entidad reguladora; los ministerios y municipios regulaban los monopolios. Hasta 1994 el Estado era propietario de 135 empresas de telecomunicaciones, energía eléctrica, hidrocarburos, minerales, alimentos, hotelería, agricultura, etc.

Ante todo esto cabe explicar por qué el Estado Boliviano asumió el papel de productor de bienes y servicios, y las justificaciones más valederas que se aplican en diversos momentos históricos, son:

a) la necesidad de proveer de bienes y servicios en industrias con características de monopolio natural y evitar el potencial abuso monopólico de los privados.

b) suministrar bienes y servicios que el sector privado no proveía por constituir bienes públicos con externalidades positivas o por insuficiencia en la demanda.

c) la necesidad de desarrollar algunos sectores que presentaban imperfecciones en el mercado de factores y eso impedía su desarrollo privado.

d) razones políticas (en telecomunicaciones, radios y periódicos) o estratégicas, de seguridad nacional.

e) necesidad de generar empleo en zonas deprimidas.

f) la inexistencia de una burguesía con gran capacidad empresarial

g) Pequeñez del mercado y supervivencia de economías rurales de autosubsistencia.

h) insuficiente desarrollo industrial del país

i) conflictos bélicos por territorios ricos en hidrocarburos y otros recursos naturales.

j) la nacionalización de las minas cuando se acabó el poder político de los “barones mineros”.

Hoy, casi ninguna de estas justificaciones se sustenta para haber mantenido el Estado Productor de bienes y servicios y la razón es la apertura al comercio y a la inversión extranjera, la participación de Bolivia en acuerdos comerciales regionales y la

creciente globalización. Los cambios en la economía y el fracaso del Estado empresario condujeron en forma natural a la privatización de las empresas públicas.

Ahora debemos entender las justificaciones para el cambio de modelo económico que son:

a) la crisis fiscal y el carácter deficitario de las empresas públicas, que funcionaban con subvenciones, atentando contra la estabilización macroeconómica.

b) la necesidad de generar ingresos para ejecutar programas de lucha contra la pobreza.

c) la urgencia por salir de la recesión económica.

d) la privatización traería beneficios netos positivos en el bienestar social del país.

e) los avances tecnológicos y la liberalización de los mercados en los sectores “estratégicos” generarían competencia externa y la consiguiente disminución de monopolios y oligopolios internos en el sector de bienes transables.

f) los empresarios nacionales debían asumir el liderazgo en la actividad económica.

g) para proyectar coherencia en la política económica, pues, a pesar del desarrollo de los principios constituyentes de la economía de mercado en Bolivia, predominaba la inversión pública (en 1993 alcanzó el 57% de la inversión bruta total del país).

B. Creación del SIRESE

La privatización de las empresas públicas fue lo que más dilató Bolivia en la creación de condiciones propicias para el desarrollo de la economía de mercado. Sin embargo, a partir de 1994 el gobierno instauró un proceso rápido de privatización y creación de la institucionalidad reguladora.

Cuando Gonzalo Sánchez de Losada asumió la Presidencia, se reinició el proceso de cambios estructurales iniciados por Paz Estensoro. En el Plan Losada se planteó ejecutar en forma paralela la privatización o venta directa de las empresas estatales pequeñas y medianas y la transferencia al sector privado mediante capitalización de las seis

empresas más grandes, la creación de la institucionalidad reguladora de los monopolios (SIRESE), la reforma previsional y la creación de administradoras de fondos de pensiones, y finalmente la generación de condiciones para activar el mercado de valores. Para todo ello se tomaba como base la transferencia de las empresas públicas al sector privado.

La historia de este proceso se inicia cuando Sánchez de Losada realiza su campaña presidencial. Elabora con un grupo de tecnócratas y partidarios el “Plan de Todos”, propuesta electoral con que gana las elecciones de 1993. Luego el proceso fue muy veloz. En enero de 1994 el representante del BID en Bolivia declaró que su organismo apoyaría el programa de capitalización y reformas estructurales. Ese mismo mes, el gobierno recibía oficialmente la asesoría de la empresa inglesa Polain Trust, que había participado en los procesos de privatización masiva de Rusia, Lituania y Kazajastán. Días después el ministro de Desarrollo Económico presentó el proyecto de ley de capitalización y la estrategia del conjunto de reformas.

Se explicó que la creación de los entes reguladores (SIRESE) permitiría reducir más el tamaño del Estado, porque asumirían funciones hasta entonces a cargo de ministerios y secretarías nacionales. El subsecretario de Capitalización aclaró a su vez que la ley SIRESE complementa la ley de capitalización, pues se orienta a darle un equilibrio al proceso que abre a los empresarios mercados monopólicos que deben regularse para evitar un capitalismo salvaje.

El 21 de marzo de 1994 el gobierno logró que el Parlamento aprobara la Ley 1544 o de Capitalización, que establece el marco legal de la transferencia de las seis mayores empresas públicas del país a manos privadas, y el 28 de octubre se promulga la Ley 1600, que crea el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE).

C. Relación entre Capitalización y Regulación

En Bolivia se ha generado una relación sinérgica entre privatización, capitalización y regulación de monopolios naturales, pues la transferencia de monopolios estatales al sector privado tuvo consecuencias sobre la regulación y, a su vez, la aprobación del marco regulatorio antes de dicha transferencia contribuyó al éxito del proceso de venta de las empresas.

La capitalización se basó en la ley respectiva, la del SIRESE y las leyes sectoriales de regulación. La primera estableció el marco de la capitalización propiamente dicho, y las otras el marco normativo a futuro.

El primer efecto de este marco regulatorio fueron las reestructuraciones realizadas en las empresas estatales para su transferencia. Por ejemplo, la ley de regulación del sector eléctrico estableció la reorganización industrial del sector mediante la desintegración vertical, lo que quitó poder a los monopolios naturales y facilitará la regulación futura al disminuir la complejidad tecnológica del monopolio. También se desintegró horizontalmente el tramo de generación de energía eléctrica, creándose un mercado competitivo que incrementará la eficiencia.

Las leyes del SIRESE aportaron también a la transparencia en la capitalización al establecer el marco regulatorio de los mercados, normas para las concesiones, fijación de tarifas y fiscalización de inversiones comprometidas, al tiempo que disminuyó el riesgo al aclarar a los inversionistas las reglas del juego posteriores a la capitalización. Eso disminuyó la incertidumbre en sus decisiones de inversión y en la valoración de las empresas.

En otros casos la capitalización influyó en el diseño de la ley sectorial de regulación, al incluir en ésta decisiones políticas como la de capitalizar ciertas empresas en calidad de monopolios temporales: es el caso de ENTEL, a la que se otorgó en esa condición los servicios de larga distancia, y de las cooperativas que proveen los servicios de telefonía local. En ambos casos se les otorgó por ley concesiones en calidad de monopolio por seis años a partir de la capitalización.

La creación de la institucionalidad reguladora antes de la venta de las empresas permite también al regulador obtener información fiable de costos: cuando el monopolio esté en manos privadas, será muy difícil obtenerla.

Las cooperativas de teléfonos y comercialización de electricidad se opusieron a la regulación porque las obliga a dejar de ser “sin fines de lucro”, entre otros puntos.

D. Marco Legal

El marco regulatorio del SIRESE se establece en un conjunto de normas: la ley SIRESE, las leyes sectoriales de regulación y las reglamentaciones respectivas, aprobadas por decretos supremos. La ley establece los objetivos generales del sistema, los organismos que lo conforman, sus competencias generales y formas de financiamiento, normas generales sobre concesiones, disposiciones antimonopólicas, de defensa de la competencia y mecanismos de arbitraje e impugnación. Crea la Superintendencia General del SIRESE, establece sus funciones y las funciones generales de las futuras superintendencias sectoriales, sin crearlas. Cada una de las leyes sectoriales crea la superintendencia respectiva y precisa sus atribuciones, así como las normas sobre organización industrial, concesiones, licencias y registros. Se instauran estándares técnicos, mecanismos de fijación de tarifas y tasas, infracciones y sanciones e impugnaciones.

E. Objetivos del SIRESE

El SIRESE es un sistema creado para ejercer la regulación de monopolios naturales, la promoción de la competencia y proteger al consumidor.

El sistema se creó para regular, controlar y supervisar los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y agua potable, riego y alcantarillado, por ser productores de servicios públicos. Exige a las empresas eficiencia en la asignación de recursos, disminución de costos y expansión de sus servicios. Otro objetivo es dar garantías y proteger los intereses de los usuarios, las empresas y el Estado.

Las disposiciones antimonopólicas y de defensa de la competencia abarcan la prohibición de acuerdos anticompetitivos, prácticas abusivas y fusiones entre empresas que amenacen la competencia.

F. Relación entre el Estado y el SIRESE

Los agentes involucrados en la regulación son el Parlamento, el gobierno, los agentes reguladores o superintendentes, los monopolios y los consumidores.

El Parlamento aprueba las leyes de regulación, el gobierno las reglamenta y el SIRESE las aplica. El Parlamento y el gobierno nombran a los superintendentes. El SIRESE está bajo la tuición del Ministerio de Hacienda, y cada superintendencia sectorial

se relaciona con el Ministerio y la Secretaría Ministerial de su sector, pues éstos fijan las políticas de desarrollo sectorial y los reglamentos.

El sistema fiscaliza y regula las empresas monopólicas, y éstas financian las actividades del SIRESE mediante tasas de regulación.

Por último, también se relaciona con los consumidores a quienes protege del poder monopólico. La ley establece mecanismos para que éstos ejerzan un papel en la fiscalización del regulador y los monopolios: pueden hacer denuncias y plantear reclamos al SIRESE en caso de que se consideren perjudicados por los monopolios o por resoluciones de los superintendentes sectoriales. El SIRESE debe hacer de árbitro, dando un trato justo a los productores y consumidores dentro de las reglas de la economía de mercado.

G. Autonomía de Gestión del SIRESE

El SIRESE es un sistema autárquico –las superintendencias sólo tienen libertad para desarrollar sus actividades en el marco de las leyes aprobadas –, con jurisdicción nacional, autonomía de gestión técnica, administrativa y económica.

La autonomía de gestión alude a que los superintendentes cumplen sus funciones sin interferencia externa, tanto en lo técnico como en lo administrativo y económico. Sin embargo, la Superintendencia General fiscaliza y aprueba las políticas presupuestarias, administrativas y salariales de todas las superintendencias sectoriales, aunque no puede intervenir en las actividades de regulación, fiscalización y control que éstas ejercen sobre los monopolios

H. Estructura Orgánica

Los órganos de regulación en sentido estricto son la Superintendencia General y cinco superintendencias sectoriales: alcantarillado y riego, hidrocarburos, transportes y aguas, electricidad y telecomunicaciones. En 1996 sólo funcionaban las dos últimas; las demás están en proceso de creación

I. Financiamiento del SIRESE

Las actividades de sus órganos se financian mediante tasas y recursos establecidos en las leyes sectoriales. Se destina una alícuota parte (porcentaje no establecido en la ley) a la Superintendencia General quedando la otra parte para las sectoriales, pero en forma transitoria funcionan con recursos del gobierno central.

Los ingresos provienen de la tasas fijadas a las firmas reguladas y a los concesionarios de licencias de provisión de servicios no regulados. Estas no son superiores al 1% del total de ingresos brutos o valores a los que se aplica. La variada base imponible a la que se aplica la tasa debe responder a la necesidad de facilitar su cálculo sobre bases verificables por los reguladores.

Se supone que esta forma de financiamiento generará ingresos suficientes para cubrir todas las necesidades de las agencias reguladoras en los campos de infraestructura, tecnología y recursos humanos altamente capacitados. La centralización de las políticas salariales y administrativas en la Superintendencia General evitaría la ampliación de las burocracias sectoriales más allá del óptimo eficiente y lograría una asignación eficiente de los recursos financieros, al aprovechar los aspectos comunes de tipo conceptual y práctico que tienen todas las superintendencias para hacer economías de escala y, a la vez, internalizar experiencias adquiridas en asuntos de regulación similares.

2.1.2. El Debido Proceso

A. Importancia del Debido Proceso

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta en el llamado proceso de la función jurisdiccional o conocido como garantismo procesal (Lorca, 2002). Este garantismo supone la conceptualización del proceso como realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental; implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en la constitución y las leyes.

Es incuestionable que para conseguir una justicia saludable, plena de equidad, abarcadora de las perspectivas de toda la sociedad y del propio Estado Democrático, como lo reclama esta época, se exige la confiabilidad de las partes en su ejecución legal, garantista e independiente, con proporcionalidad e iguales posibilidades de actuar y contradecir ante un órgano jurisdiccional imparcial, sea en cualquier ámbito del derecho.

No basta con la elaboración de normas claras que recojan el rito establecido para alcanzar un fallo justo, pues se requiere también que estas regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos, pero además de ello, es preciso que tales normas y formas de proceder se apliquen con el sentido que las inspiran, para que se pueda arribar en buena lid, a una decisión “correcta”. De ahí que ofrecer supremacía o dispensar menosprecio a cualquiera de estos tres lados del triángulo equilátero de la esfera judicial nos conduzca a yerros fatales para acceder a una verdadera justicia, convirtiendo el sistema judicial en un mecanismo autoritario de toma de decisiones unilateral.

B. Antecedentes del Debido Proceso

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses de las personas. Este desarrollo muestra tres etapas de crecimiento (Ambrosio, 2000), a saber:

1. Primera Etapa.- En un primer momento se atribuyó valor y efecto constitucional al principio del debido proceso legal – como aun se conoce en la tradición británica y norteamericana: *due process of law* –. Del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido

proceso legal. Su contenido fue un signo claro de alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, con su antecedente inmediato en la “Carta de Coronación de Enrique I” o “Carta de las Libertades”, primera Carta concedida por un monarca inglés, otorgada por aquél en 1100, en el momento de su acceso al trono. Y dice textualmente el pasaje de la Carta Magna que nos interesa:

“Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”.

A partir de este último concepto del Capítulo 39 de la Magna Carta, transcrito del latín original *per legem terrae* y traducido al inglés como *law of the land*, y en español como *ley de la tierra*, se desarrolló el debido proceso legal –*due process of law* –, en su acepción contemporánea.

El capítulo 39 fue una protesta contra el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad, y garantizaba el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. Creaba y protegía inmunidades de que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas (Crisaldi, 1984).

Como vemos el contenido original de la Carta era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la

historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354.

De todo esto fue desprendiendo también una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual las normas rituales del procedimiento sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del Parlamento – y a mientras transcurría el tiempo se fue transformando en un Parlamento progresivamente más democrático y representativo –, además de un derecho a la propia existencia y disponibilidad de un proceso legal. En esta primera etapa no se hizo aun cuestión constitucional de cuáles fueran los procedimientos preestablecidos en cuanto a su contenido, sino sólo en cuanto a la imperatividad de su existencia y a que estuvieran prefijados por ley formal (Ambrosio, 2000).

2. Segunda Etapa.- Sin embargo, a poco andar la insuficiencia del principio anterior, derivada de su carácter meramente formal, hizo que la doctrina se extendiera al llamado debido proceso constitucional – hoy, simplemente, debido proceso –, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la *Magna Charta law of the land* se refiere, en general se refiere a todo el sistema de las garantías todavía sólo procesales o instrumentales, implicadas en la legalidad constitucional. Como veremos este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

3. Tercera Etapa.- Pero aun se dio un paso más adelante en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido proceso sustantivo o sustancial – *substantive due process of law* –, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de

los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados Federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

En esta línea, Reynaldo Bustamante Alarcón sostiene que:

“La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. De ese modo, un acto será considerado arbitrario, y por tanto lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo, si no se sujeta a parámetros de razonabilidad; es decir, si su fin no es lícito - consiguientemente vulnera un derecho o un bien jurídico de mayor jerarquía que el que pretenden protegerse - , y los medios para alcanzarlo no son proporcionales en tanto no respetan los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto” (Bustamante, 2002).

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución tanto formal como materialmente, como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución,

esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.

En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos:

a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal

b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal

c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

C. Garantías que asegura el Debido Proceso

El **debido proceso** es un principio jurídico procesal aplicable indistintamente a todas las áreas del derecho, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto, y se traduce en las siguientes afirmaciones:

- Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.
- La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

No existe un catálogo estricto de garantías que se consideren como pertenecientes al debido proceso. Sin embargo, pueden considerarse las siguientes como las más importantes:

- **Derecho a ser juzgado conforme a la ley.** En un estado de derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

- **Derecho a un juez imparcial.** No puede haber debido proceso si el juez es tendencioso o está cargado hacia una de las partes. El juez debe ser equidistante respecto de las mismas, lo que se concreta en la llamada "*bilateralidad de la audiencia*". Para evitar estas situaciones hay varios mecanismos jurídicos:

- La mayor parte de las legislaciones contemplan la posibilidad de recusar al juez que no aparezca dotado de la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en juicio.

- Una de las garantías básicas en el estado de derecho, es que el tribunal se encuentre establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, y además, atienda genéricamente una clase particular de casos, y no sea por tanto un tribunal ad hoc, creado especialmente para resolver una situación jurídica puntual.

- **Derecho a asesoría jurídica.** Toda persona tiene derecho a ser asesorado por un especialista que entienda de cuestiones jurídicas (típicamente, un abogado). En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor o abogado de oficio, designado por el Estado, que le procura ayuda jurídica gratuita.

- **Legalidad de la sentencia judicial.** En el área civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se

concreta en la proscripción de la institución de la *ultra petita*. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede establecer penas establecidas por la ley, por delitos también contemplados por la misma.

2.1.3. Efecto Devolutivo

Desde el punto de vista gramatical "devolutivo" es derivado de "devolver"; y calificando a "efecto", agrega a este vocablo una cualidad positiva consistente en devolución de algo que antes se recibió: restitución de lo que se recibió a quien antes lo poseía. La expresión "efecto devolutivo" se encuentra ya caracterizada en los procedimientos de la Edad Media, este procedimiento de alzada debía ejercitarse en cada caso concreto y equivalía a la devolución de la función delegada al magistrado. Ante esa alzada el magistrado quedaba desposeído de la jurisdicción que ejercitaba en el determinado proceso, por lo cual no podía ejecutar su propia sentencia (suspensión).

En la doctrina moderna la noción de "efecto devolutivo" está íntimamente vinculada a la idea de recurso dentro del ámbito del Derecho procesal. Actualmente también *devolución* significa *alzada*, vale decir elevación de la causa a un tribunal de mayor jerarquía. Hay efecto devolutivo, pues, cuando por causa de la interposición de un recurso o por mandato legal, se produce la inmediata sumisión, total o parcial, del asunto resuelto por un juez, al conocimiento de otro juez de jerarquía superior; el juez de alzada entra de lleno a ejercer competencia desde el punto de vista funcional, sin dejar de ejecutar lo mandado por el juez de inferior jerarquía. El fundamento de este efecto radica en la necesidad de que el hecho y el Derecho, o uno u otro, según los casos, valorado y aplicado en la resolución impugnada o sujeta imperativamente a alzada, sean materia de un nuevo examen por un tribunal que reúna mejores condiciones y que ofrezca, por lo tanto, mayores garantías de justicia. Se persigue un más detenido estudio del asunto mediante un nuevo análisis total o parcial de las cuestiones resueltas. Desde el punto de vista práctico, el efecto devolutivo quita y atribuye competencia funcional a uno y otro juez; tribunal *a quo* y tribunal *ad quem*. Pero debe aclararse que en el campo de los recursos procesales la competencia del *a quo* perdura más allá de su interposición; tiene él la potestad de conceder el recurso y también la de rechazarlo formalmente, declarando la caducidad por

vencimiento del término, la in admisibilidad del acto impugnativo o la improcedencia formal por imposibilidad objetiva o subjetiva de cumplirse. Cuando el *a quo* concede el recurso, en el acto se produce la devolución; pero ésta puede quedar condicionada ante la potestad que generalmente suele atribuirse al tribunal ad *quem* de pronunciarse sobre la legitimidad en cuanto a la concesión del recurso interpuesto.

2.1.4. Efecto Suspensivo

Esta expresión tiene sentido jurídico, dentro del ámbito del Derecho procesal, en lo que se refiere a las impugnaciones, cuando la ley concede a las partes del proceso o a terceros con interés legítimo la facultad de impugnar una concreta actividad procesal, mientras ella no caduque o se renuncie o mientras se tramita la impugnación formulada, debe suspenderse, por regla general, toda actividad consecucional del acto impugnado, o sea los actos que necesariamente debieron cumplirse de no haber mediado la facultad o la actividad impugnativa. Esto ocurre más comúnmente con respecto a los recursos procesales. Se afirma que, salvo las taxativas excepciones de la ley, tienen efecto suspensivo, mientras no caduque o sea renunciada la posibilidad de recurrir que por la ley tienen las partes o los legítimos interesados, o mientras no se resuelva por quien corresponda el recurso interpuesto, la decisión judicial recurrida no puede cumplimentarse, queda suspendida toda actividad consecucional de la misma, sea de orden sustancial o formal. La sentencia definitiva, si es de condena, no podrá ejecutarse; si desestima la demanda o la acusación, se mantendrán las medidas cautelares reales o personales que hubieran sido adoptadas durante el proceso. Si se trata de resolución recaída en un incidente que por su naturaleza mantiene paralizado el proceso, éste continuará paralizado. Si es un decreto de mero trámite, lo que en él se ordenó quedará sin cumplirse, etcétera. Pero otras impugnaciones, además de los recursos, tienen también efecto suspensivo.

Mientras no caduque la posibilidad de oponerse o no se resuelva la oposición ejercitada, no pueden cumplirse los efectos que la ley prevé como consecuencia del acto de parte contra el cual la impugnación se permite o ejercita. Las excepciones que a este respecto autorice la ley o la jurisprudencia, serán también excepciones al efecto suspensivo de la oposición.

Adviértase bien que la suspensión se extiende solamente a las consecuencias del acto impugnado y no a otras actividades procesales desvinculadas de él. Si se impugna un decreto que deniega la recepción de determinada prueba, no se suspenderá el trámite en cuanto a la recepción de otras pruebas producidas; si se formula oposición a la constitución del actor civil en el proceso penal, no se suspenderá el trámite de la instrucción formal. De lo dicho se deduce asimismo que el efecto suspensivo no se produce solamente ante la actividad impugnativa, sino que también corresponde mientras subsiste legalmente la posibilidad de impugnar. Cuando la ley acuerda a las partes la facultad de recurso o de oposición, quedan suspendidos, por regla general, los efectos consecuenciales del acto judicial o de partes impugnables, hasta tanto esa posibilidad legal de impugnarlos caduque. Durante el término legal para impugnar que la ley concede al titular de la facultad impugnativa frente a cada situación procesal concreta, queda paralizada toda actividad que necesariamente deba seguir al acto impugnable. Cuando ese término —perentorio y fatal— fenece sin que se haya producido la declaración impugnativa, el acto queda firme, adquiere inmutabilidad, y se abre camino a la actividad procesal que de él brota.

2.2. ANTECEDENTES TEORICOS Y DOCTRINALES

2.2.1. Derechos Fundamentales

No es infrecuente encontrar en la literatura académica el uso indistinto de la expresión derechos humanos y derechos fundamentales; términos que, en ocasiones incluso, se los asimila a las denominaciones derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales; lo cual determina la necesidad de establecer algunas precisiones conceptuales sobre el alcance de dichas expresiones, abocándonos por la pertinencia y frecuencia de su uso, a las dos denominaciones primeramente aludidas.

Así, Robles, estima que la expresión derechos humanos o derechos del hombre llamados clásicamente derechos naturales, y en la actualidad derechos morales, no son en realidad auténticos derechos -protegidos mediante acción procesal ante un juez- sino

criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que en todo caso, "una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico"; o lo que es lo mismo: los derechos fundamentales son derechos humanos positivados.

De nuestra parte, partiendo del orden normativo vigente, consideramos que es posible sostener que con la expresión derechos fundamentales se designa a los derechos garantizados por la Constitución y que en cambio, la denominación derechos humanos, hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales. Las primeras tienen como fuente de producción al legislador constituyente y las segundas, a los Estados y organismos internacionales.

A. Concepto

Según Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica..."

Del concepto glosado se extrae que una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo. Con esto quiere ponerse de relieve que el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir para ello al órgano jurisdiccional competente para en su caso reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido.

Sin embargo, debe precisarse que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino también principios objetivos básicos del orden constitucional que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad. Así, los derechos

fundamentales como principios objetivos (preceptos negativos de competencia), limitan las atribuciones de los tres poderes. Esta tesis parte de la idea de que el menoscabo a los derechos fundamentales no sólo puede provenir de una ley dirigida a limitar derechos fundamentales, sino que es posible hacerlo a través de preceptos que si bien no regulan tales derechos de manera específica, establecen en las normas creadas, unas condiciones adversas a la realización efectiva de los derechos fundamentales o lo que es lo mismo, que tales normas se traduzcan en un muro de contención infranqueable para ejercicio del derecho fundamental en cuestión.

B. Estado de Derecho

El significado y contenido de la expresión "Estado de Derecho", no goza de uniformidad en la doctrina; sin embargo las ideas esbozadas sobre la temática pueden configurarse básicamente bajo tres concepciones, a saber:

1) Estado de Derecho como Estado en el que impera la ley, o en el que rige formalmente el principio de legalidad o que funciona a través de cauces legales

El empleo de la expresión en este sentido es criticable, dado que al ser el Derecho un instrumento insustituible por parte del Estado, conduce a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándole de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento. Esta concepción guarda correspondencia con la primigenia formulación del concepto Estado de Derecho, en la que la "la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general"; ello explica porque la tendencia a identificar el concepto Estado de Derecho con el principio de legalidad, y que se adscribe dentro de la concepción de Kelsen en sentido de que "Todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho"

2) Estado de Derecho como expresión de un conjunto de mecanismos jurídicos a través de los cuales se organiza, limita y fluye la actividad estatal; y los que se reconocen al individuo, derechos, libertades y garantías fundamentales.

Dicho mecanismo responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política, -el Estado como ente racional al servicio del individuo-, el cual constituye así una técnica de libertad y que consiste en:

- a) separación de los poderes estatales.
- b) primacía de la ley como expresión de la voluntad general.
- c) sometimiento de la administración a la ley y control judicial del mismo.
- d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales

3) Estado de Derecho como modelo en que se realizan plenamente todas las exigencias jurídicas del individuo y la comunidad.

Se trataría de un "verdadero", "auténtico", "puro" o "material" Estado de Derecho, en el que la ley expresa realmente la voluntad general, pues todos participan en su elaboración en igualdad de condiciones de formación e información y los derechos fundamentales no solo disfrutan de una garantía jurídico-formal, sino también de una efectiva realización material.

C. Límites de los Derechos Fundamentales

El problema del límite a los derechos fundamentales es una cuestión muy compleja; en el que no existe uniformidad de criterios ni en la doctrina ni en la jurisprudencia; no es previsible tampoco que lo haya en un futuro próximo. Las opiniones se hallan posicionadas en dos frentes más o menos irreductibles; la teoría relativa y la teoría absoluta.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis de las posiciones aludidas, conviene sentar algunas premisas básicas que nos preserven de equívocos hermenéuticos.

Así, conviene precisar que cuando se habla de límites normativos en general, estos pueden ser materiales y formales. Los primeros, establecen contenidos normativos que limitan, en diversos niveles, la producción normativa, la aplicación y el ejercicio del derecho; en cambio, los límites formales, se refieren a las competencias o atribuciones otorgadas a los órganos jurisdiccionales o administrativos para limitar, en determinados supuestos preestablecidos, el ejercicio de derechos o la suspensión temporal de los mismos. Conforme a esto, los límites de cada derecho, considerados en general, se encuentran en la Constitución y en las leyes de desarrollo, y los límites en la aplicación de los derechos en un supuesto concreto, aparecerán en la resolución que resuelva el asunto en cuestión.

Teoría Relativa: La teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de esta, en cuanto responde a la "necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta ponderación se sustenta en el llamado "test de razonabilidad" o "principio de proporcionalidad", en palabras de la doctrina alemana. El examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue. Para esta teoría, el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija; no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.

Teoría Absoluta: Las teorías absolutas parten de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera (el contenido esencial) es según esta línea de pensamiento, la parte que no admite límite, es decir se constituye en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Conforme a esto la parte nuclear estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesorio, que podría ser afectada por la regulación, pero con la condición de que siempre esté debidamente justificada.

2.2.2. Los Recursos y sus Efectos

A. Los Recursos

El ejercicio de los recursos es una facultad que la ley concede a las partes, cuando una decisión ha producido agravio con la finalidad de que se revoque, modifique o revoque una resolución judicial. Podemos analizar los medios de impugnación desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva, se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean concretas (o cumplan su función pacificadora) y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo."

Es decir que a través de estas instituciones, se revisa lo formal y material de una decisión presentándose la oportunidad de corregir la misma. Frente a la resolución que puede lesionar los intereses de la colectividad, o de un particular, surge el Control de la legalidad, mediante el cual se busca mayor seguridad y efectividad de las resoluciones adoptadas.

La Apelación: El objeto de la apelación es la pretensión procesal reconocida o negada por la sentencia impugnada. Este recurso provoca un nuevo examen de la relación controvertida mediante el juez de segundo grado de jurisdicción; y el interés en la apelación está determinado por el vencimiento, que no es otra cosa sino el agravio, perjuicio o gravamen que la resolución judicial causa a uno de los litigantes o a los dos recíprocamente, por haberse acogido o rechazado total o parcialmente la pretensión planteada en el primer grado de jurisdicción.

Por tanto, si la apelación en esencia es una instancia sobre los hechos, que culmina en una nueva resolución, es obvio que su objeto no es otro que la pretensión reconocida o negada por, la sentencia apelada.

Como la apelación se interpone contra la sentencia de primera instancia, generalmente se piensa que el objeto de la apelación es la sentencia misma apelada. Pero en realidad, la sentencia, el agravio y su apelabilidad, no son más que presupuestos de la apelación o requisitos de admisibilidad del recurso.

El estudio del objeto de la apelación, en el sentido expresado, implica necesariamente el estudio de la extensión y límites que tiene o debe tener el nuevo examen de la controversia en el segundo grado de jurisdicción; estudio que haremos más propiamente cuando se trate, más adelante, de los efectos de la apelación y, especialmente, del llamado efecto devolutivo de la misma, que determina la medida y extensión en que la pretensión debe ser examinada por el juez de segundo grado.

Por tanto el ejercicio de los recursos es una facultad que la ley concede a las partes, cuando una decisión ha producido agravio con la finalidad de que se revoque, modifique o revoque una resolución judicial.

Podemos analizar los medios de impugnación desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva, se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean concretas (o cumplan su función pacificadora) y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo."

Es decir que a través de estas instituciones, se revisa lo formal y material de una decisión presentándose la oportunidad de corregir la misma. Frente a la resolución que puede lesionar los intereses de la colectividad, o de un particular, surge el Control de la legalidad, mediante el cual se busca mayor seguridad y efectividad de las resoluciones adoptadas.

Por tanto el fondo subyacente del recurso, llámese de apelación o de alzada, es amparar y garantizar el derecho de las partes contendientes frente a una decisión jurisdiccional que les fuese perjudicial; en definitiva, de un medio de impugnación que la ley franquea a quien el fallo causó gravamen. Para poder tramitar un recurso de impugnación se deben cumplir esencialmente estas dos condiciones:

a) Verificación de la admisibilidad.- Que permite que el juez competente entre a conocer el fondo del asunto controvertido.

b) Capacidad para impugnar.- Es decir, que su vinculación al proceso está en la línea delimitada por el Código, como una facultad legal de la parte que impugna

Los efectos del Recurso de Apelación pueden ser de dos clases: Suspensivo y Devolutivo.

B. Efecto Devolutivo

El efecto devolutivo "es aquel por el cual el juez a quo está obligado a remitir el proceso al juez ad quem para que éste resuelva sobre la impugnación oportunamente interpuesta. Se llama al efecto "devolutivo" por cuanto en su origen histórico existía la obligación del juez inferior de "devolver" el proceso al superior que generalmente era el rey para que revisara la decisión y declarara si era o no correcta. Ibáñez, a este respecto nos dice: "Toda apelación tiene "efecto devolutivo" Porque antiguamente se entendió que los tribunales Superiores representaban más directamente al soberano; y delegaban al juez de primera instancia el conocimiento del asunto; éste, al dictar sentencia, devolvía al superior las facultades que le había delegado."

"Decimos en nuestra definición que con el ejercicio del derecho de impugnación se pretende alcanzar una nueva decisión, por cuanto una vez aceptado para su sustanciación el respectivo recurso, el nuevo Juez a quien se devuelve la competencia total o parcialmente -- efecto devolutivo de la impugnación está obligado a resolver sobre todos y cada uno de los puntos constantes en la manifestación de la impugnación. Esta nueva decisión es la que da fin a la etapa de impugnación y, por lo general, al proceso penal."

C. Efecto Suspensivo

Por el efecto suspensivo del ejercicio del derecho de impugnación se tiene que esperar a que el juez ad quem decida sobre el recurso, decisión que puede desembocar en tres conclusiones:

1. confirmar;
2. modificar;
3. Revocar la decisión recurrida.

- Si lo primero, la sentencia del juez a quo surte todos los efectos jurídicos que habían quedado suspensos mientras se sustanció y resolvió el recurso.

- La modificación de la sentencia recurrida tiene efectos jurídicos en la parte no modificada, y no los tiene en la parte modificada. Por lo tanto, sufre efectos jurídicos parciales la primitiva sentencia recurrida.

- La revocatoria de la sentencia recurrida sólo se conserva en el proceso como un acto procesal histórico que no puede surtir efectos jurídicos, pero que fue un presupuesto necesario para la creación de la sentencia de segunda instancia.

Una vez dictada la resolución que revoca la recurrida, ésta pierde, entonces, la expectativa de surtir efectos jurídicos."

2.2.3. La Discrecionalidad y la Arbitrariedad en el ámbito de la Administración

El Derecho Administrativo surge a raíz de la Revolución Francesa como respuesta a las monarquías absolutistas y como medio para limitar un poder originariamente ilimitado. Esta circunstancia, convierte al Derecho Administrativo en instrumento de lucha contra la arbitrariedad del poder, y al control jurisdiccional de la Administración como una exigencia misma del Estado de Derecho. Puede decirse que la historia del Derecho Administrativo es la historia misma de la reducción de las inmunidades de la Administración mediante el control de la potestad discrecional. La importancia de las potestades discrecionales para el derecho público es tal, que Marcel Waline dijo que "la esencia del Derecho Administrativo es el estudio del poder discrecional, de las autoridades administrativas y de su limitación de cara a la protección de los derechos de terceros".

El estudio de la discrecionalidad administrativa no puede prescindir pues, del concepto de Estado de Derecho vigente en cada etapa histórica. Y ello es así por cuanto no existe un único modelo de Estado de Derecho, sino que éste cambia a lo largo del tiempo. Constituyen evidencia las transformaciones operadas desde el Estado liberal de Derecho, al Estado Social y Democrático de Derecho vigente hoy en España. Pues bien, uno de los pilares básicos de cualquier Estado de derecho es el principio de legalidad. El Estado de Derecho es el imperio de la ley, pero no cualquier tipo de ley, sino sólo la que es fruto de la expresión de la voluntad popular, cuya obediencia se impone a los ciudadanos y a los poderes públicos. Así pues, el imperio de la ley implica la subordinación de todos los poderes del Estado a la ley. Por consiguiente, la actuación de la Administración, al igual que el resto de los poderes del Estado, está sometida a la Ley y al Derecho. Se deriva de este principio que todo poder de la Administración, ya sea de carácter reglado o discrecional, tiene que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay discrecionalidad al margen del ordenamiento jurídico. La actuación de la Administración está vinculada al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, una vez determinada la preexistencia de la norma, es necesario analizar cuál es el grado de vinculación de la Administración a la misma. Ello es importante en el caso de los poderes discrecionales porque necesitamos conocer qué ocurre cuando la norma no determina con exactitud cómo debe ser la actividad administrativa. Procede pues, analizar hasta donde alcanza ese grado de conexión de la actuación administrativa a la ley. Tradicionalmente se articularon dos interpretaciones al respecto: la llamada vinculación negativa y la vinculación positiva.

La vinculación negativa es aquella según la cual la Administración debe respetar el ordenamiento jurídico, pero su actuación no requiere de una habilitación expresa de la ley. En definitiva, la Administración puede hacer todo lo que no esté prohibido por la ley. La utilización de esta teoría en el siglo XIX derivó en una exención del control de la Administración por parte de los Tribunales. En el sistema decimonónico los actos administrativos no jurídicos, los políticos y los discrecionales estaban excluidos del control judicial.

A diferencia de la anterior, para la teoría de la vinculación positiva, no resulta suficiente que la Administración no vulnere las normas, sino que es preciso que actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es decir, la Administración sólo puede hacer lo que le está permitido, sólo puede actuar si hay una norma que le habilita para hacerlo. La actuación de la Administración requiere la atribución de la potestad, ya sea ésta de carácter reglado o discrecional. Late en esta teoría la concepción de la Administración como simple organización ejecutora. Su actividad fundamental sería la ejecución. La aplicación de esta teoría requiere que toda la actividad administrativa está predeterminada. La teoría de la vinculación positiva está siendo superada actualmente, a partir de la verificación de que las relaciones entre la ley y la Administración están cambiando. La ley en el Estado liberal cumplía la misión de preservar el orden social y económico, protegiendo a los sujetos del comportamiento arbitrario de los poderes públicos. Para ello, la ley estaba estructurada en normas de carácter general y abstractas. La ley ocupaba un papel superior. El ejecutivo se debía limitar a respetar y hacer respetar la ley. En estas circunstancias era perfectamente aplicable la teoría de la vinculación positiva. Todo podía estar previsto en las normas.

En Alemania nace una nueva teoría denominada teoría de la esencialidad. Según esta teoría el Parlamento estaría obligado a regular los aspectos esenciales de cada materia, pero los elementos no esenciales podrían ser objeto de regulación por el Gobierno (Administración). La Administración se encargaría de completar la regulación en función de la materia de la que se trate. Por ejemplo, en materia de derechos fundamentales la regulación legal sería más exhaustiva, dejando escaso margen a la Administración. La ley fija lo esencial, y la Administración es la encargada de proceder a su concreción posterior. En este contexto, la función de la Administración ya no es simple ejecución de la ley, como en el supuesto de la vinculación positiva.

Ahora bien, la discrecionalidad en ningún caso es arbitrariedad. La discrecionalidad siempre ha de ejercerse respetando el sistema jurídico en el que se encuadra. Este respeto es el que marcaría la diferencia entre la discrecionalidad (lo permitido) y la arbitrariedad (lo prohibido). Partiendo de ello, la doctrina y la

jurisprudencia ha elaborado a lo largo de los años diversas técnicas que permiten determinar cuando se ha traspasado la frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.

La calificación en una circunstancia concreta sólo puede ser una. Sólo hay una posible solución justa frente a la pluralidad de soluciones justas que son posibles en el ámbito de la discrecionalidad. La técnica de control viene conformada por los principios generales del derecho: igualdad, buena fe, protección de la confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad, etc. La Administración está vinculada a la ley y al Derecho. Esta sumisión al derecho significa la vinculación también al ordenamiento jurídico, y por tanto a los principios generales del derecho.

El primer criterio que sirve para distinguir una decisión discrecional de una arbitraria es la motivación. La motivación es un instrumento de control para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos. La motivación consiste en la exteriorización de los fundamentos de los actos o disposiciones. Lo que se exige es una motivación adecuada a la naturaleza de cada acto discrecional, que no debe ser meramente formal. Ahora bien, pese a lo que algún autor ha afirmado, la ausencia de motivación no significa sin más que el acto carezca de ella, simplemente es que no se ha evidenciado.

El control de las potestades discrecionales por parte de jueces y tribunales ha sido una conquista fundamental para el Estado de Derecho. Pero el problema planteado actualmente es determinar la extensión e intensidad de este control judicial, concretar cuáles son los límites del control judicial sobre el poder discrecional de la Administración. Cada vez más, se detecta una mayor penetración del control judicial en la actuación de la Administración, lo que ha dado lugar a que se hable de exceso de jurisdicción. Este activismo judicial es visto por algunos autores como un peligro, ya que podría suponer la sustitución de la discrecionalidad de la Administración por la discrecionalidad de los jueces y tribunales.

El principio de legalidad formulado en el Estado liberal se asentaba sobre dos ideas: la subordinación del ejecutivo al legislativo y la plena determinabilidad de la acción administrativa. La ley ocupaba el lugar central del sistema. En este marco los ámbitos discrecionales eran contemplados como lagunas y espacios en blanco, que debían

ser erradicados. El esfuerzo se centraba en reducir al máximo estos espacios discrecionales, buscando nuevos y mejores mecanismos de control. Por otra parte, la vocación protectora del Estado liberal (defensa de la libertad y la propiedad), con su escasa envergadura administrativa, resultaba coherente con la reducción de la legitimidad a la legalidad.

Sin embargo, esta lectura del principio de legalidad ya no es posible en el Estado social de derecho actual, donde se hace preciso conciliar las exigencias del principio de legalidad con las del principio de eficacia. En el actual Estado ni el poder ejecutivo, ni la posición que la Administración ocupa en su seno, encajan en la interpretación liberal del principio de separación de poderes. Ya hemos visto como el Estado actual ya no actúa únicamente con los conceptos de ley, ejecución de la ley y control de esta ejecución. También hemos dicho que las funciones del ejecutivo ya no se limitan a la ejecución de las leyes, sino que comportan tareas mucho más amplias de intervención en la vida social y económica. Estos nuevos cometidos no siempre son jurídicos, y exigen muchas veces el manejo de conceptos técnicos. Consiguientemente para dar mayor confianza a las actuaciones de la Administración y evitar la constante injerencia de los Tribunales se debe adecuar las leyes del ramo a los principios generales del Derecho y a la Constitución.

2.2.4. Derecho Administrativo Garantista

El modelo garantista tiene sus raíces en los ideales de libertad y justicia del Estado liberal de Derecho, que se trasladan a la teoría jurídica del Estado y a la concepción weberiana de la organización administrativa.

Su aspiración es lograr la plena juridicidad de la actuación de los poderes públicos como medio para evitar la arbitrariedad y garantizar los derechos y libertades políticas y económicas.

Esta visión tiene como valor central la seguridad jurídica, que proporciona el marco de certidumbre que requieren las transacciones económicas para el desarrollo de las actividades dentro del Estado; el sometimiento de las actuaciones públicas al Derecho salvaguarda la autonomía de los agentes económicos y les libra de exigencias arbitrarias.

No es extraño, por tanto, que sea ésta la visión subyacente las reformas orientadas a luchar contra la corrupción, mediante la reducción de la discrecionalidad de los operadores públicos; también es una visión próxima a las políticas neoliberales, que defienden la sustitución de las funciones públicas de propiedad, producción e incluso de financiación de los servicios, por mecanismos regulatorios, que representan “una vuelta a los modos más tradicionales de intervención pública.

La visión garantista promueve un modelo institucional dirigido a la aplicación objetiva y uniforme del ordenamiento jurídico. Sus diferentes características y relaciones con la sociedad son los siguientes:

a) Servicio civil

La política de empleo público esta orientada a proteger la independencia y profesionalidad de los empleados públicos, tratando de aislarles de dos riesgos que pondrían en peligro su objetividad: la politización de sus decisiones y la vinculación preferente a atender intereses personales o corporativos. Esto se pretende conseguir con un régimen jurídico específico y uniforme y la creación de una cultura basada en espíritu de cuerpo.

b) Estructuras administrativas

Se basa en estructuras burocráticas orientadas a conseguir la unidad de criterios en el tratamiento de los problemas. Esto se logra mediante una estricta integración jerárquica, basada en una línea de mando directa y una clara separación horizontal de funciones entre órganos. Junto a ello, una tecnoestructura horizontal acumula poderes de reglamentación y autorización buscando la armonización de prácticas y decisiones.

c) Procedimientos decisionales

La anticipación de la realidad y la previsión de la única respuesta normativa posible son las obsesiones de este modelo. Los mecanismos consisten en reprimir el incumplimiento de las normas y multiplicar la producción normativa para reducir al mínimo la discrecionalidad, percibida como “caballo de Troya del Estado de

Derecho”. La consecuencia paradójica es que la inflación normativa se convierte en el peor enemigo de la seguridad jurídica.

d) Relaciones con los ciudadanos

El ciudadano se identifica con el “administrado”, sujeto pasivo ante la Administración, pero titular de derechos e intereses preexistentes que la Administración no puede ignorar y cuya plenitud se defiende por diversos procedimientos, cuya “clave de bóveda” es el control judicial.

Este modelo garantista presenta por una parte, el valor de libertad y justicia que supone la defensa de la seguridad jurídica está fuera de toda duda; ante organizaciones y prácticas preburocráticas, dominadas por la corrupción y la arbitrariedad.

2.2.5. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador

La proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador viene a formar parte muy importante de los sistemas legales de los Estados modernos vigentes, ya que no se puede imponer sanciones al administrado de manera desproporcionada con la falta cometida, y una de las formas de prever esta arbitrariedad por parte de la Administración y su poder punitivo es hacer efectivo el principio de proporcionalidad en la imposición de penas, multas, etc., y hacer valer los mecanismos de la seguridad jurídica y el debido proceso que debe contener todo proceso sancionatorio contra las personas. Es así que este principio se encuentra en la doctrina, los tratados internacionales y las diferentes constituciones, como ser:

a) Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: Debemos resaltar de modo particular que la Corte Interamericana ha precisado que las garantías reconocidas en el artículo 8º de la Convención deben ser observadas por el Estado en los procesos en donde se materialice su facultad para establecer sanciones. En este sentido ha dicho que el ejercicio de tal potestad, *"no sólo presupone la actuación de*

autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención". En una decisión posterior, en donde evaluó el respeto del artículo 8 de la Convención Americana en el marco de un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio, la Corte precisó que *"en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso".*

b) Consagración Constitucional: El principio de proporcionalidad constituye, como hemos afirmado, un principio general del Derecho. Si bien adquiere un especial protagonismo a lo largo de la Historia del Derecho penal, no hay que olvidar que posteriormente pasó a tener vigencia también en el Derecho de policía y más tarde en todo el Derecho administrativo. La introducción del concepto de proporcionalidad en el Derecho de policía tiene lugar en su etapa liberal del siglo XIX, etapa caracterizada por el robustecimiento constitucional de unos derechos que limitan el ejercicio de la potestad policial.

En cuanto al Derecho administrativo, podemos afirmar que se asienta sobre bases constitucionales de libertad y de justicia material, que se proyectan sobre todas las relaciones jurídico-administrativas. Por una parte, el principio de *«favor libertatis»* aparece asentado en nuestro Ordenamiento jurídico dentro del marco ofrecido por el Estado social y democrático de Derecho; por otra, el Derecho administrativo viene presidido por una continua valoración de intereses generales y públicos. En este contexto, a la Administración se le suele encomendar la resolución de complejos conflictos en los que se encuentran implicados una serie de intereses colectivos y ello hace necesario el uso de principios y técnicas jurídicas que introduzcan la idea de racionalidad en el comportamiento de la actividad administrativa.

Por tanto la proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador es lo que debe motivar la actuación del órgano sancionador a circunscribirse a criterios objetivos para graduar apropiadamente la sanción a imponer para que no suponga un incorrecto ejercicio de discrecionalidad por su parte.

La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la jurisprudencia, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso legal que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito propio de los poderes discrecionales de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de éstos y la arbitrariedad.

No es inusual ni mucho menos infrecuente que la sanción que se nos imponga no sea la realmente adecuada a la infracción cometida. Disponiendo la autoridad a su antojo de la graduación de la pena, utilizándola con excesiva ligereza o prescindiendo de criterios rectores de proporcionalidad en el momento de sancionar.

Y, en casos, imponiendo, mayoritariamente, las sanciones en su grado máximo o estableciendo sanciones con doble componente, pecuniario y suspensión de licencias, y ello con independencia de las circunstancias que puedan rodear la infracción realizada. Lo que obliga inevitablemente a acudir al órgano jurisdiccional competente como instrumento corrector de aquel exceso, o bien y más frecuentemente a aquietarse ante la sanción, por las molestias, inconvenientes y gastos que pueda suponer el ejercicio de defensa judicial del asunto; recuérdese que por lo general es menor el valor o cuantía "presuntamente injusta" de la pena impuesta que el gasto inicial previsible que pudiese ocasionar a la persona la defensa del contencioso ante el órgano jurisdiccional. La autoridad es conocedora de tales exigencias a soportar por el individuo sancionado beneficiándose de la inactividad o sumisión de aquel ante el acto administrativo y

situándolo en definitiva en posición de franca inferioridad ante el poder punitivo de la Administración.

Así, además de quebrarse el principio de proporcionalidad como principio que preside también el Derecho administrativo sancionador, se termina por confundir el espíritu real de sentido de las leyes, como ser la justicia, para convertirse tácitamente en un instrumento de recaudación más en manos de la Administración ante el incorrecto ejercicio de discrecionalidad en la graduación de las sanciones pecuniarias.

Los Doctrinarios han calificado el principio de proporcionalidad como principio general del Derecho, y ha sido recogido también, como principio de estricta justicia, en el sentido que infracción y sanción se acomoden a determinados criterios objetivos, sin que ello deba significar el establecimiento de criterios aritméticos en la fijación de la pena administrativa sino como derecho de todo ciudadano a esperar que el ordenamiento punitivo esté regido por criterios de justa proporcionalidad, evitando que el legislador pueda graduar las penas de forma voluble y que la autoridad disponga de su discrecionalidad de forma arbitraria

La Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo han considerado el principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho), por la exigencia de que exista equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

Dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador, la función que en el Derecho Penal vienen a realizar las eximentes y atenuantes deben entenderse sustituida por el principio de proporcionalidad.

CASTILLO BLANCO (Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias" Tecnos 1995 p.30) recoge los tres requisitos exigidos para operar como límite sobre la potestad sancionadora de la administración cuyo poder ilimitado ha ido teóricamente reduciéndose:

- Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, fijándose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio restrictivo.

- Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado.

- Que el ejercicio de dicho potestad discrecional debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

El principio de proporcionalidad debe ser concebido, y así lo ha señalado entre otros, **QUIRÓS LOBO** (Principios del Derecho Sancionador. Comares.1996) como una eficaz herramienta en la lucha contra la discrecionalidad de la Administración y contra su poder soberano para decidir la sanción.

Es a la actividad jurisdiccional a quien corresponde recortar el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, adecuando la sanción al hecho cometido y agotando las vías de impugnación del sancionado para cumplir con todos los pasos procedimentales.

Pues sería deseable para el administrado no tener que acudir al control jurisdiccional para frenar aquellos abusos pero la práctica viene demostrándonos todo lo contrario, el administrado se ve obligado a buscar en los Tribunales la corrección de la norma indebidamente aplicada.

La especial sensibilización de la mayoría de los Órganos Judiciales ante este problema, dando acogida a la tesis de imponer la proporcionalidad como un principio normativo equilibra sólo en parte el conflicto, la disparidad de posiciones entre la Administración que ejerce su poder punitivo y el administrado que lo soporta, continua inclinándose desfavorablemente del lado de este último; y aunque el principio de proporcionalidad se ha sentado en la doctrina y la jurisprudencia, la Administración en el procedimiento sancionador en materia de los Sistemas de Regulación sigue sin hacerse eco

de éste, y continua obviando las numerosas resoluciones judiciales existentes sobre la materia siempre que los Tribunales tienen oportunidad de pronunciarse al respecto.

A pesar de la realidad judicial, la peculiar interpretación que la Administración realiza respecto de su libre discreción en materia sancionadora resulta del todo caprichosa, pues, que conductas prácticamente idénticas sean reprimidas de distinta forma, con multas de naturaleza diversa y desigual volumen, continúa específicamente siendo de común aplicación.

En definitiva, a pesar de la consolidación doctrinal y jurisprudencial del reseñado principio, la frivolidad de la Administración en la graduación de este tipo de sanciones resulta, ya, alarmante, y como quiera que una aplicación libertina de ese poder discrecional no recibe reproche efectivo que pudiese determinar un cambio de actuación, pues, la condena en costas no puede alcanzarse con la estimación parcial de los recursos, una solución que se presente equitativa en las posiciones Administrado-Administración continúa abiertamente siendo difícil. Siendo aconsejable la búsqueda de otros mecanismos de corrección que unifiquen y reconduzcan los criterios de actuación de la Administración sancionadora.

3. ASPECTOS LEGALES

Para lograr comprender de mejor manera porque la aplicación, como regla general, del efecto devolutivo en la interposición de recursos administrativos vulnera nuestra jerarquía normativa debemos partir de la Carta Magna, que en la cual se encuentran todos los principios que deben ser respetados por las normas de menor jerarquía y todos los elementos que conforman el Estado. Es así que iremos desglosando a partir de nuestra Constitución, pasando por las leyes y hasta llegar a los Decretos Supremos, todos los aspectos pertinentes y relacionados con la violación del efecto devolutivo al debido proceso y como es menester su modificación por el efecto suspensivo. Por tanto la legislación boliviana determina:

3.1. La Constitución Política del Estado

La Constitución Política del Estado determina en:

Artículo 16:

- I. Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad;
- II. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable;
- III. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor;
- IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.

Artículo 228: La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.

Artículo 229: Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento

3.2. Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo

Artículo 4 (Principios Generales de la Actividad Administrativa) “la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;

h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa, y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.”

Artículo 59 (Criterios de Suspensión).-

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

II. No obstante lo dispuesto el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.

3.3. Ley N° 1600 de Sistema de Regulación Sectorial, SIRESE

Artículo 22 (Recurso de Revocatoria) “Las resoluciones pronunciadas por los Superintendentes Sectoriales podrán ser impugnadas, por cualquier persona natural o jurídica, o los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial, en los términos y bajo las condiciones y requisitos señalados por las normas procesales aplicables. Los recursos que se interpongan contra las resoluciones que dispongan cualquier intervención tendrán efecto devolutivo”.

3.4. Decreto Supremo N° 24505, Reglamento de la Ley SIRESE sobre Procedimientos, Audiencias, Infracciones, Sanciones y Recursos

Artículo 2 (Principios) “A los fines de los procedimientos previstos en el presente reglamento, salvo disposición expresa de las normas legales sectoriales previstas en la ley SIRESE, se adoptan los siguientes principios:

Impulso de oficio: es el inicio y desarrollo de las actuaciones administrativas sin necesidad de instancia de parte.

Economía: Es la simplificación, agilización y concentración de los actos procesales.

Informalismo: Es la exención de requisitos formales subsanables.

Debido Proceso: Es el derecho de las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos.

Publicidad: Es el libre acceso al conocimiento de las actuaciones administrativas.

Artículo 55 (Efectos) “Los recursos que interpongan los administrados no suspenderán la ejecución ni efectos de la resolución impugnada, salvo:

1. Disposición contraria de la ley;
2. Que la misma autoridad que dictó la resolución impugnada o la competente para resolver el recurso, de oficio o a pedido de parte, por resolución fundada, disponga la suspensión del acto en los siguientes casos:
 - 2.1. Cuando la resolución sea manifiestamente ilegítima.
 - 2.2. Cuando la ejecución de la resolución causare o pudiere causar graves daños al administrado, siempre que de la suspensión no resulte perjuicio grave para el interés público.

3.5. Decreto Supremo N° 27172, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE

Artículo 51 (Multas).-

I. La resolución que imponga multas compulsivas y progresivas, fijará un monto inicial, atendiendo a la capacidad patrimonial del responsable, que se incrementará por cada día de retraso en el cumplimiento de la resolución objeto de la ejecución, respetando los principios generales previstos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

4. MOTIVOS PARA LA MODIFICACION DEL EFECTO DEVOLUTIVO POR EL SUSPENSIVO EN MATERIA DE SANCIONES PECUNIARIAS

El efecto devolutivo es un pilar fundamental del Estado, en cuanto a la legítima actuación de este en el campo jurídico y social se refiere, pues permite que mientras duran los trámites legales de una controversia que pueda surgir entre este y los particulares no se paralice la efectiva actuación del Estado y por el contrario le permite continuar desenvolviéndose normalmente y otorgando un ambiente de normalidad a la población para desarrollar la vida social en su conjunto. Sin embargo hay una excepción a esta regla del efecto devolutivo en cuanto a los actos administrativos se refiere, y es en el campo de la imposición de sanciones pecuniarias, campo en el cual se ve una indefensión por parte del administrado al momento de interponer un recurso, siendo así que se vulneran una serie de principios constitucionales y las reglas del debido proceso. Es así que planteamos la modificación del efecto devolutivo pro el suspensivo en cuanto a los actos administrativos que imponen multas pecuniarias basándonos en los siguientes preceptos que detalladamente explicaremos a continuación:

4.1. PRIMACIA DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

La primacía de los principios establecidos en la Constitución Política del Estado es inargumentable, debido a que según la pirámide de Kelsen existe una jerarquía normativa que debe ser respetada por todo el ordenamiento jurídico, y si bien la misma constitución pone límites a algunos principios consagrados en ella no pueden las leyes violar esta jerarquía e imponer los límites a los principios y derechos que se encuentran en nuestra carta magna. Es así que nuestro Tribunal Constitucional ha fallado de manera

vinculante sobre estos preceptos dejando en claro la inalterabilidad de los preceptos constitucionales. Las sentencias constitucionales en las que se apoya esta afirmación son varias, pero las más significativas son las siguientes:

El Art. 228 de la Constitución: “La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

Al respecto, en la SC 0019/2005, de 7 de marzo, se expresó la siguiente interpretación:

“La norma consignada en esta disposición constitucional proclama dos principios fundamentales:

a) el principio de la supremacía constitucional, que consiste en que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, los gobernantes y gobernados; y

b) el principio de la jerarquía normativa, que consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima ocupa la constitución como principio y fundamento de las demás normas jurídicas”.

El Art. 229 de la Constitución: “Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento”.

Con relación a la disposición constitucional glosada, este Tribunal Constitucional, en su SC 0019/2005, de 7 de marzo, ha señalado que “(...) la norma contenida en la disposición constitucional objeto de análisis consagra una garantía constitucional para la persona, al establecer una obligación negativa para el Estado, la de no afectar el núcleo esencial de los derechos humanos mediante las leyes que limiten el ejercicio de los mismos; ello implica que, si bien el Estado puede establecer, mediante ley, límites al ejercicio de los derechos fundamentales, pero no puede ni debe afectar el núcleo

esencial al grado que la limitación se convierta en supresión del derecho fundamental”.

De otro lado, este mismo Tribunal, en su SC 0051/2005, de 18 de agosto, ha señalado que la disposición constitucional objeto de análisis: “(...) establece una garantía inalterabilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados en la Constitución Política del Estado; lo que implica que, además de la reversa legal, la Constitución Política del Estado establece una limitación al alcance de las leyes que podría dictar el Legislativo para desarrollar los derechos fundamentales y establecer sus límites, las que no podrán alterar el sentido mismo de los derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional, sólo podrían establecer los límites estrictamente necesarios sin desnaturalizarlos o desconfigurar el núcleo esencial del derecho”.

Como hemos podido apreciar en la abundante jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, todos los principios que se encuentran en la Constitución Política del Estado deben ser respetados, ya sea por las autoridades judiciales, administrativas y toda la sociedad civil. Porque existe una jerarquía de las normas y la constitución esta por encima de cualquier otra disposición, de manera que si una ley o decreto viola uno de estos principios constitucionales este debe ser corregido para que exista congruencia entra la norma superior y la inferior.

4.2. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR EL EFECTO DEVOLUTIVO

El Art. 16 de la Constitución: Este artículo consagra el derecho al debido proceso, con especial énfasis en alguna de las garantías que este contiene; así al respecto, en la SC 0042/2004, este Tribunal constitucional expresó lo siguiente:

“El art. 16 de la CPE, en sus párrafos II y IV reconoce el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso, cuando expresa:

II. Derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable...

IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal...

A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Bolivia a través de la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, en su art. 8.1. referente a garantías judiciales expresa: ‘Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, ó para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, definió el debido proceso como: ‘...el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley’ (SSCC 1044/2003-R 0418/2000-R, 1276/2001-R, 0917/2003-R, 0842/2003-R, 0820/2003-R).

La SC 1748/2003-R, de 1 de diciembre, expresa que: ‘En cuanto al debido proceso, consagrado como garantía constitucional por el art. 16 de la Constitución, y como derecho humano en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal Constitucional ha entendido, en su uniforme jurisprudencia, como ‘el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’.

Por consiguiente, de la normativa citada que conforma el bloque de constitucionalidad y las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional sobre el debido proceso, se infiere que toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito

jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione ó a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad. Además, cabe hacer notar que en la SC 136/2003-R, este Tribunal ha establecido que el derecho a defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad antes que restrictivamente; posiciones todas, afines a la doctrina administrativa contemporánea”.

La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional al interpretar lo que la Constitución Política del Estado ha dicho en nuestro País, postula el debido proceso como una garantía de legalidad procesal evitando que se impongan sanciones o que se afecten derechos, sin el cumplimiento de un debido proceso garantizando la seguridad jurídica; este debido proceso es vinculante tanto para el ámbito jurisdiccional así como para el administrativo cuando asumen el rol de juzgadores.

Por todo lo expuesto por el más alto tribunal de nuestra Nación como es el Tribunal Constitucional, podemos evidenciar que el Efecto Devolutivo vulnera el principio constitucional del debido proceso, porque las reglas del mismo son aplicadas tanto al ámbito penal, como administrativo y todas las ramas del derecho. Y el efecto devolutivo al condicionar el derecho de petición, de revisión y a impugnar para buscar una decisión mas justa, esta transgrediendo de manera directa y notoria el derecho el administrado al debido proceso. Porque no se puede condicionar el Derecho a la Impugnación al pago de una sanción impuesta, sin haber agotado las vías pertinentes de impugnación.

4.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO

La Sentencia Constitucional 908/2005 hace una explicación clara de los principios de legalidad, jerarquía, límites a la discrecionalidad, buena fe y presunción de legitimidad en el ámbito administrativo, que nos ilustra como el Estado igual debe someterse a todos estos principios y los que le son meramente inherentes deben cumplir las reglas de la constitución para su validez.

El Principio de Legalidad en el Ámbito Administrativo: El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso”; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que “El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables”.

Principio de Jerarquía de los Actos Administrativos: El principio de la jerarquía de los actos administrativos se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc. h) de la LPA, cuando establece que: “La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes”.

Principio de los Límites a la Discrecionalidad Administrativa: La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la

oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada. Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento'.

El Principio de Buena Fe de la Administración: Junto al principio de legalidad, singular importancia tiene el principio de buena fe, reconocido en el art. 4 inc. e) de la LPA, que establece que en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 95/2001, de 21 de diciembre, señalando que "...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas".

Principio de Presunción de Legitimidad: Según este principio, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario [art. 4 inc. g) de la LPA]). La presunción de legitimidad del acto administrativo, como la ha establecido la Sentencia antes aludida, "...se funda en la

razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso...”.

5. CONCLUSIONES

5.1. CONCLUSIONES GENERALES

La doctrina es uniforme al señalar que el *ius puniendi* del Estado es uno solo, del cual derivan sus dos manifestaciones, a saber: el derecho administrativo sancionador y el derecho penal general, por lo que los principios generales que sustentan el *ius puniendi*, se aplican de manera directa a ambas manifestaciones, de allí que tanto la potestad sancionadora de la Administración, como la actividad penal judicial quedan sujetas a principios generales comunes. Es así que la Superintendencia General del SIRESE en la Resolución Administrativa N° 861 de 7 de abril de 2005 estableció: “La doctrina en materia de derecho administrativo sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general...” y citando a Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez la referida resolución precisó: “...los principios penales sustantivos deben aplicarse a las sanciones administrativas...”. Sin embargo vemos resoluciones administrativas como: la RA 399/2006 de la Superintendencia de Hidrocarburos, la RA 0013/2004 de la Superintendencia de Transportes, y la RA 109/2004 de la Superintendencia de Electricidad, solo por mencionar algunas resoluciones como ejemplo, en las que se sanciona al administrado con multas y sanciones pecuniarias que al momento de ser impugnadas, se procede a resolverlas en el efecto devolutivo, cobrando primero la multa para luego dar marcha al recurso interpuesto. Esta manera de proceder vulnera claramente el Art. 229 de la Constitución en el que se menciona que los principios

en ella consagrados no se pueden alterar, y también es contrario al Art. 228 de la CPE que establece la jerarquía normativa que debe respetar todo el ordenamiento jurídico. También esta el Art. 4 inc. c de la ley 2341 que establece el principio de legalidad en el ámbito administrativo donde esta claramente manifestado el sometimiento de la administración al derecho y que todas sus actuaciones deben ser con sujeción a la Constitución para garantizar la seguridad jurídica que anhelamos tanto, debiendo respetar por consecuencia el Art. 16 de la CPE y el Art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, en el que se establece el derecho inviolable del debido proceso que deben gozar todos los procesos sean penales o administrativos.

Si bien nuestro sistema legal se rige por el imperio de la Constitución y los principios que en ella se encuentran, se puede poner límites a los mismos pero no a la esencia de los principios, porque se estaría alterando el contenido de ellos, es por este motivo que la ley 2341 en su Art. 59 y la ley 1600 en su Art. 22 al establecer como regla general la aplicación del efecto devolutivo en la resolución de los recursos administrativos esta contravencionando los principios constitucionales del debido proceso, ya que uno de los requisitos esenciales del mismo es el que la persona pueda defenderse adecuadamente, agotando las vías de impugnación para acceder a una revisión o decisión más justa al considerar que se esta afectando sus derechos. La doctrina administrativa contemporánea es clara y esta respaldada por la SC 136/2003 al establecer que la actividad sancionadora del Estado se debe regir por las reglas del debido proceso y el derecho a la defensa, en la que el principio de favorabilidad se sobrepone al restrictivo, por tanto el efecto devolutivo esta restringiendo este derecho a la defensa y la favorabilidad que se puede dar al administrado. Hoy en día la actividad sancionadora del Estado de derecho moderno más que nunca debe respetar el debido proceso como una garantía de legalidad procesal que evita se impongan sanciones o se afecten derechos de las personas, para así afirmar la seguridad jurídica que busca la sociedad para poder desarrollar sus actividades en normalidad y armonía, para que exista inversión, trabajo y confianza en los órganos estatales.

Porque no es justo que si uno se considera afectado por una decisión de la administración deba pagar primero una sanción para poder acceder a una revisión, quizás

mas justa, en ese marco se estaría también atacando el principio de Buena Fe de la Administración, encontrado en el Art. 4 inc. e de la ley 2341, donde nos da a entender que debe existir mutua confianza entre la administración pública y el administrado. Finalmente el principio de jerarquía de los actos administrativos asegura que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma superior, pero el efecto devolutivo lo esta haciendo al restringir el derecho de impugnación. Y si bien los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, estos según la doctrina deben cumplir con las reglas del debido proceso para tener este carácter pues sino serían actos arbitrarios.

El procedimiento sancionatorio constituye un conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa y que tiende fundamentalmente, a cumplir dos objetivos según la doctrina: La corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito y en segundo término, asegurar al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable, sin embargo la aplicación del efecto devolutivo es contrario a estas afirmaciones.

Como hemos ido demostrando a lo largo del presente trabajo de tesis de grado el efecto devolutivo vulnera los principios constitucionales mencionados, la doctrina y la amplia jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional consagra el derecho a impugnar, apelar y agotar instancias, hasta que una sentencia cobre firmeza y se agoten las vías pertinentes. Hemos visto como los principios generales del derecho penal son los mismos del derecho administrativo sancionador, y sobre todo como las reglas del debido proceso no permiten la ejecución de una sanción, sin haber cumplido con las garantías procesales para evitar una injusticia. Esta arbitrariedad de las superintendencias es mas precisa y vergonzosa al momento de imponer sanciones pecuniarias, donde se incurre en una especie de chantaje en el que se tácitamente se da a entender que si el administrado desea acceder a una revisión de la resolución primero debe pagar la multa impuesta en la misma, colocando un precio al acceso a una mejor justicia. Esta actitud deja mal parado al Sistema de Regulación Sectorial porque parece que es mas importante cobrar dinero que cumplir con sus objetivos de regular y ver que se cumplan adecuadamente los servicios prestados. Sin embargo el incurrir en esta práctica viciosa no es culpa de las

Superintendencias sino de la ley 1600 del Sistema de Regulación Sectorial y la ley 2341 de Procedimiento Administrativo que al tocar lo referente a los efectos, los legisladores no cayeron en cuenta de que estaban arremetiendo contra la Carta Magna, pues la diferencia entre aplicar el efecto devolutivo o el efecto suspensivo es un universo de diferencia. Esto nos lleva a ver la urgente necesidad de modificar el efecto devolutivo en la ley SIRESE por el efecto suspensivo en la impugnación de las resoluciones para no seguir pisoteando nuestra ya muy golpeada Constitución. Los representantes de los órganos de la administración siempre están mencionando las diferentes violaciones a la carta magna, y se llama al cambio de la sociedad, pero el ejemplo debe empezar por las esferas de poder, siendo así que una manera de comenzar este cambio sería por dar mayor seguridad jurídica a los sectores que regula la ley SIRESE, mediante la concordancia de la misma con la CPE, y la única forma es modificando el efecto devolutivo por el suspensivo. Ya que el efecto suspensivo es acorde al ordenamiento jurídico establecido por el imperio constitucional donde se respeten los derechos y garantías de todas las personas, ya sean colectivas o no.

Es así que si como sociedad deseamos se respeten los derechos de todos se debe cumplir con las reglas del debido proceso, en todos los ámbitos del derecho asegurando la defensa mas adecuada que se pueda tener y velando por la igualdad procesal que evite actos inconstitucionales por parte de la administración, dando seguridad jurídica a los administrados mediante el acceso a un proceso transparente y contradictorio.

5.2. RECOMENDACIONES

Como recomendación y aporte sugiero se modifique el efecto devolutivo por el suspensivo en el Art. 22 de la ley SIRESE N° 1600 y el Art. 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, porque mientras este se siga aplicando este se continuara en una flagrante violación y pisoteo a nuestra Constitución, y como sociedad en este preciso momento histórico todos anhelamos un Estado de Derecho donde exista libertad y justicia para todos, y esto no será posible si no cambiamos las disposiciones contrarias a la carta magna de nuestro sistema legal, porque de un imperio de la ley uniforme y sin contradicciones el aspirar a la justicia sería una realidad y ya no una

fervorosa demanda que se repite día a día por todos los sectores sociales. La seguridad jurídica es el pilar fundamental del desarrollo social y económico de un país y su población, y esta debe ser por igual para empresas, personas, organizaciones, países, es decir para todos. Y el derecho a contradecir, interrumpiendo la ejecución de la resolución impugnada, es dar seguridad jurídica y bienestar a los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y aguas, tanto a sus niveles jerárquicos como personal empleado para desarrollar las diferentes tareas. Y sobre todo ahora que las doctrinas modernas del garantismo establecen que deben respetarse los principios procesales estamos frente a la menester sustitución del efecto devolutivo por el suspensivo en lo que se trata de imposición de sanciones.

6. BIBLIOGRAFIA

1. Pablo Dermizaki, Derecho Administrativo
2. William Herrera, Derecho Procesal Penal Boliviano
3. Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina
4. Tulio Chiossone, Sanciones en Derecho Administrativo, Caracas-Venezuela
5. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón-Teoría del Garantismo Penal, Madrid-España
6. José Luis Diez Ripollis, La contextualización del Bien Jurídico protegido en un Derecho Garantista, Málaga-España
7. William Durán Ribera, Los Derechos Fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho, Sucre-Bolivia
8. Julia C. Sanus, Derecho Administrativo y Sistemas de Regulación, Valencia-España
9. Marco Terán Luque, El control de la legalidad, Revista General de Derecho num 669/junio 2000
10. www.tribunalconstitucional.bo
11. Enciclopedia Jurídica OMEBA

7. ANEXOS

