



Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Coordenador



Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo

Una evaluación de las tendencias contemporaneas del derecho administrativo

*Obra
em homenagem a
en homenaje a*

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

ANAIIS DO SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASIL-ESPANHA
ANALES DEL SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO BRASIL-ESPANHA

35 (81:460)
A 945t

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº 67.3025	DATA
	01.12.03

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2003

Todos os direitos reservados à
 LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
 MATRIZ: Rua da Assembléia, 10 – Sls. 2420/2421 – Centro – RJ
 CEP 20.011-901 – Tels: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135.
 LIVRARIA CENTRO: Rua da Assembléia, 10 – Loja E – Centro – RJ
 CEP 20.011-901 – Tels: (21) 2531-1338 / 2531-1316 / 2531-3222.
 LIVRARIA IPANEMA: Rua Visconde de Pirajá, 273-Loja A – Ipanema – RJ
 CEP: 22.410-001 – Tel: (21) 2287-4080.
 FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ CEP 20.940-010
 Tels: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 Fax: (21) 2589-1962.
 FILIAL SP: Rua Santo Amaro, 257-A – Bela vista – SP
 CEP 01.315-001 – Tels: (11) 3104-9951

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br
 SAC 0800-221863

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekind – Presidente
 Carlos Alberto Menezes Direito
 Caio Tácito
 Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
 Celso de Albuquerque Mello
 Ricardo Pereira Lira
 Ricardo Lobo Torres
 Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica
 Denise Cordeiro
 Renato R. Carvalho

Capa
 Sheila Neves

Editoração Eletrônica
 TopTextos Editoração Gráfica Ltda

Nº 0833

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
 Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

N252

Neto, Diogo de Figueiredo Moreira
 Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito
 administrativo / Uma evaluación de las tendencias del derecho
 administrativo / Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.). – Rio de
 Janeiro: Renovar, 2003.

692 p., 23 cm.

ISBN 85-7147-323-4

I. Direito administrativo – Brasil. I. Título.

CDD: 343.810887

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
 Impresso no Brasil

Sumário

I — PREFÁCIO DEDICATÓRIA <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	1
II — CURRÍCULO DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE.....	7
III — CONVOCAÇÃO DO SEMINÁRIO. JUSTIFICATIVA, OPORTUNIDADE, OBJETIVOS E CO-PARTICIPAÇÃO <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	3
IV — EXPOSIÇÕES DOS PROFESSORES DE DIREITO ADMINIS- TRATIVO CONVIDADOS	39

1º PAINEL

SERVIÇOS PÚBLICOS E SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL	
ACTUALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS <i>Lorenzo Martín-Retortillo Baquer</i>	43
SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: LA NUEVA CONCEPCIÓN Y OPERATIVIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL <i>Luis Martín Rebollo</i>	85
SERVIÇOS PÚBLICOS E SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL <i>Odete Medauar</i>	115

dimiento sancionador todos los principios que integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en la Constitución (art. 24 CE), si bien "en la medida en que sean compatibles con su naturaleza" (STC de 6 de febrero de 1989). Esto significa que las solemnidades del proceso penal no pueden trasladarse, sin más, al procedimiento administrativo sancionador.

Para ello, en primer lugar, sólo pueden imponer sanciones los órganos administrativos que tengan expresamente atribuida la potestad sancionadora, por disposición de rango legal o incluso reglamentario (art. 127.2 LAP). En segundo lugar, el procedimiento se inicia siempre de oficio por la Administración, por iniciativa propia o mediante denuncia de terceros, y sólo contra las personas físicas o jurídicas que pudieran resultar responsables de los hechos constitutivos de la correspondiente infracción. La determinación de los responsables o "autores" no es fácil, pues depende del tipo y naturaleza de las infracciones. En ocasiones pueden responder muchas y variadas personas que han intervenido en la conducta infractora (por ejemplo, en el ámbito del urbanismo, promotores, constructores, técnicos, propietarios, agentes o intermediarios, empresas suministradoras de servicios, etc. art. 206 de la Ley urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999). Incluso pueden ser responsables los funcionarios o empleados de cualquier Administración pública que informasen a favor de otorgar un permiso o autorización infringiendo las leyes, o las autoridades o miembros de órganos colegiados de cualquier Entidad o Corporación pública que resuelvan o voten a favor de un acuerdo ilegal (por ejemplo, en el ámbito de las costas, art. 93 de la Ley de Costas, de 38 de julio de 1988). Por supuesto, es clave notificar los hechos a los verdaderamente imputados o inculpados, puesto que, si no se hace así, todo el procedimiento será nulo.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Manuel Rebollo Puig
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Es para mi una enorme satisfacción y un honor participar en este Seminario brasileño-español de Derecho Administrativo. Si su sola realización, la excelente organización y la altura de los participantes es ya justificación suficiente de esa satisfacción, el hecho de celebrarse en homenaje al Profesor García de Enterría, en esta prestigiosa Universidad de esta maravillosa ciudad y rodeado de tantas atenciones, hace que esa satisfacción sea plena y que no pueda menos que comenzar por agradecer a todos, muy especialmente a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Fábio Medina Osorio y a Regina Quaresma, sus esfuerzos para lograr tan brillante resultado. Pero, al mismo tiempo, todo esto aumenta mi responsabilidad y mi deseo, ya que no de estar a la altura de las circunstancias y de los demás ponentes, porque eso no está al alcance de mis posibilidades, sí, al menos, de no defraudar su confianza y aportar una orientación útil sobre el tema que se me ha confiado. No es posible, desde luego, abordar aquí ni siquiera superficialmente los aspectos más relevantes del Derecho Administrativo sancionador. Pretendo, más modestamente, ofrecer un panorama general de su situación en España respecto de aquellos elementos esenciales que pueden tener más interés para la compara-

ción con el sistema brasileño de sanciones administrativas que cuenta con estudios muy notables como los del propio Fábio Medina Osorio, Daniel Ferreira o Romeu Felipe Bacellar Filho que tan útiles nos pueden resultar a nosotros para nuestras propias construcciones.

I. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Sobre la extensión de la potestad sancionadora de la Administración y del Derecho Administrativo sancionador

Frente a lo que podría ser una situación perfecta de monopolio judicial del *ius puniendi* estatal, en todos los Estados se ha reconocido con relativa amplitud la potestad sancionadora de la Administración. Inicialmente limitada a ser ejercida sólo respecto a quienes entraban en una relación especial con la Administración (sobre todo, sus propios funcionarios o los usuarios de los servicios públicos) y a consistir en la imposición de sanciones que repercutían exclusivamente sobre situaciones jurídico-administrativas (pérdida o suspensión de algún derecho funcional o del derecho a disfrutar de los servicios públicos, por ejemplo), ha desbordado ampliamente ese ámbito y hoy la potestad sancionadora de la Administración se extiende a todos e impone castigos que afectan al estatuto general del ciudadano. En España eso no es novedoso y casi sólo es destacable que la Constitución de 1978 no intentó siquiera reducir el ámbito del Derecho Administrativo sancionador — incluso quedó implícitamente constitucionalizado — que, de hecho, más bien ha aumentado desde entonces.

Resulta, incluso, sumamente difícil establecer una frontera abstracta entre lo que debería ser delito penado por los jueces y lo que debería ser infracción administrativa sancionada por la Administración, frontera a la que tuviera que atenerse el legislador. Sólo hay criterios orientativos: parece que las infracciones administrativas deben ser conductas menos lesivas que las infracciones penales y tener sanciones menos graves que éstas; parece que las infracciones administrativas deben circunscribirse a aquellas conductas consistentes en el incumplimiento de deberes administrativos... Pero, además de la vaguedad de estos criterios, no tienen apoyo constitucional. En la práctica el límite depende en buena parte de lo que decida el legisla-

dor, de lo que tipifique como delito o falta y de lo que tipifique como infracción administrativa.

Esto es lo que ha aceptado el TC en su sentencia 116/1999, de 17 de junio, al resolver un recurso de inconstitucionalidad en el que los recurrentes reprochaban a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida tipificar como infracciones administrativas “conductas que, por atentar al bien jurídico vida humana protegido por el art. 15 de la Constitución y a la dignidad del ser humano, deben ser delitos”. Pero según el TC “fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención”. En la jurisprudencia menor es significativa la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 1999 (Ar. 4079) que, ante un supuesto de tenencia ilícita de droga para consumo propio, declara que decidir qué ha de ser objeto de represión penal o administrativa es algo “sobre lo que no da respuesta alguna la Constitución, que deja al legislador la identificación de los bienes que deban ser objeto de defensa por el Derecho sancionador”.

2. Construcción del Derecho Administrativo sancionador sobre bases comunes con el Derecho Penal

Ya que prácticamente se acepta que no hay límites de extensión a la potestad sancionadora de la Administración, como una especie de compensación, se la ha sometido a estrictos límites relativos a su forma y condiciones de ejercicio y a su pleno control judicial. Esto se ha hecho construyendo un Derecho Administrativo sancionador que guarda un cierto paralelismo y toma su inspiración del Derecho Penal y, en cuanto a las garantías formales, del Derecho Procesal Penal. Ni éste ni aquél son, desde luego, directa ni supletoriamente aplicables. La potestad sancionadora de la Administración se rige por reglas propias de Derecho Administrativo, pero por reglas propias similares o, a veces, hasta idénticas a las del Derecho Penal. No se ha hecho así por puro voluntarismo del legislador. Ciertos derechos y garantías fundamentales tienen que respetarse en uno y otro ámbito sin que puedan evaporarse por la fácil vía de confiar el castigo a la Administración en vez de a los jueces. Así ocurre con lo dispuesto en los arts. 24 y 25 de la Constitución española o con el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamenta-

les, como se han encargado de declarar, aunque con matices, el TC y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y estos derechos arrastran a otros porque, sobre la anterior base, se sostiene la unidad esencial del *ius puniendi* estatal, se afirma que no puede merecer peor trato el responsable de una infracción administrativa que el de un delito, se invoca la idea de un supraconcepto de ilícito..., construcciones todas ellas que, por unas u otras vías y con mayores o menores diferencias, llevan inevitablemente a esa inspiración del Derecho Administrativo sancionador en el Derecho Penal y a esa similitud y comunidad de principio que, pese a todo, no puede llevarse hasta una identificación total sino sólo a una cierta comunidad de principios y, si acaso, a la importación parcial y selectiva de algunas reglas generales. Aun así, puede afirmarse que esa aproximación al Derecho Penal comporta inevitablemente para la potestad sancionadora unas limitaciones materiales y formales desconocidas para cualquier otra actividad de la Administración, un régimen garantista específico de esa parte del Derecho Administrativo que no cabe extender más allá de sus estrictos contornos.

3. El concepto de sanción como concepto clave para delimitar el Derecho Administrativo sancionador y el régimen garantista que comporta.

Justamente lo que se acaba de explicar debe presidir el concepto de sanción administrativa. El punto de arranque lo dan la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, y la doctrina cuando afirman una y mil veces que, tanto en las penas como en las sanciones administrativas, hay ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esto condiciona por completo el concepto de sanción administrativa que puede definirse como el *castigo impuesto por la Administración o como el castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración*. En esa escueta definición está comprendido todo lo esencial: lo demás, o es accesorio, o es condición de legalidad de las sanciones, pero no elemento esencial del concepto. Ambos elementos — imposición administrativa y carácter punitivo — no sólo justifican los principios y reglas fundamentales del Derecho Administrativo sancionador (incluido el concepto de infracción administrativa), sino que los justifican por sí solos suficientemente. Por eso también son suficientes como elementos definitorios. Por su carácter punitivo, las sanciones administrativas se aproximan a las penas y se distinguen de otras medidas administrativas. Por corresponder a la Administración

imponerlas, la potestad sancionadora se aproxima a las demás potestades administrativas y las resoluciones sancionadoras a los demás actos administrativos y se diferencian de las penas judiciales. Los demás elementos de la sanción están implícitos en la definición dada, sobre todo, en la noción de castigo, noción de la que se desprende, por una parte, la idea de retribución de una acción ilícita, y, por otra, la idea de reprobación de esa conducta y de reproche al culpable. Esto sirve para comprender que no toda consecuencia jurídica prevista por la comisión de una infracción es realmente una sanción porque, aunque el presupuesto de hecho para su imposición sea la comisión de una infracción, puede tratarse de una medida no sancionadora sino es una retribución que exprese la reprobación de la conducta y el reproche al culpable.

Para que realmente se trate de un castigo es necesario, primero, que altere la situación jurídica de quien lo sufre perjudicándole y, segundo, que ese perjuicio sea precisamente buscando como tal, directa y deliberadamente (quizá no exclusivamente). Desarrollemos brevemente estas ideas.

Respecto al primer requisito se dice que la sanción ha de tener un “contenido aflictivo”, que ha de tener una “incidencia negativa”, que ha de entrañar una privación o restricción de derechos, bienes, valores o cualquier ventaja o el surgimiento de nuevos deberes. Este contenido es condición necesaria, pero no suficiente porque, por sí solo, no revela el elemento punitivo. De hecho hay otras decisiones administrativas igualmente perjudiciales que, sin embargo, no se imponen como castigo ni, por ende, son sanciones.

Además, el perjuicio en que la sanción consiste está previsto e impuesto como tal, como un mal. Es decir, las previsiones sancionadoras del ordenamiento y los actos administrativos que imponen una sanción determinada buscan directa, precisa y deliberadamente causar el mal en que consisten: el concreto mal que se causa es inútil para los intereses generales, en el sentido de que no los satisface o no los realiza, como también es inútil para los intereses de cualquier administrado aunque se haya visto personalmente lesionado; por eso, el ordenamiento podría haber previsto otra sanción de contenido distinto y, de hecho, a veces, para un mismo tipo de infracción permite a la Administración elegir entre varias sanciones por completo diferentes. Ese mal no sirve para restablecer la realidad física alterada o los bienes jurídicos lesionados por la infracción ni para compensar el daño que

haya causado ni para imponer al infractor la conducta conforme al ordenamiento o conveniente para los intereses generales. Tampoco la sanción es un remedio ante el incumplimiento por parte de los deudores de sus obligaciones (contractuales o no) frente a la Administración. Todo esto, por el contrario, es lo propio de otros actos administrativos de gravamen muy diversos entre sí y con las naturalezas más variadas (unas veces responderán a la idea general de medidas de policía, otras a una genérica noción de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, etc) en los que el perjuicio causado a un administrado no es lo buscado directa y deliberadamente, y para los que el régimen particularmente garantista de las sanciones es por completo inadecuado pues supondría crear obstáculos injustificados para la realización de los intereses generales. De lo dicho se deduce, además, que el mal en que la sanción consiste no ha de guardar una relación con la actividad infractora; p. ej., pagar una cantidad de dinero en concepto de multa no guarda relación con el exceso de velocidad que se castiga así.

Lo anterior no significa que las sanciones supongan un castigo ciego sin ningún sentido ni que se justifiquen sin más como la respuesta *justa* a la infracción. Hay que distinguir entre el fin del castigo y el fin del mal en que consiste. Que el concreto mal que se elija como contenido de la sanción no tenga más finalidad que castigar y no realice directamente los intereses públicos, no quiere decir que el castigo mismo, en abstracto, no sirva para nada. Claro que castigar sí tiene una finalidad. Las sanciones administrativas tienen una finalidad, como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son *útiles* como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para *prevenir* infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración. Y en esa prevención, como en Derecho Penal, puede verse en mayor o menor medida, según los casos, la vertiente individual o especial, tratando que no vuelva a cometer infracciones el sancionado (mediante la intimidación individual, la corrección o la inocuización), y la vertiente de la prevención general, respecto a toda la colectividad (prevención intimidatoria — amenaza o coacción psicológica — y prevención integradora que crea una actitud de respeto al Derecho). Aun así, conviene añadir para evitar equívocos que esa misma prevención la realizan otras muchas medidas que no son ni penas ni sanciones administrativas: en realidad, en

casi todas las consecuencias jurídicas previstas ante cualquier incumplimiento puede verse también una cierta función de prevención especial y general.

Pero, aclarado lo anterior, lo que ahora importa sobre todo dejar claro es que todo el régimen especialmente garantista al que se alude al hablar de Derecho Administrativo sancionador sólo es aplicable a aquellos casos en que lo que el ordenamiento prevé o lo que la Administración impone es verdaderamente una sanción en el sentido riguroso y preciso con que la hemos definido.

Con todo, las fronteras no siempre son claras y hay muchos casos que suscitan dudas sobre su naturaleza sancionadora o no. En ocasiones, las Leyes que prevén la consecuencia son explícitas e inequívocas; pero a veces dejan la cuestión sin resolver e incluso desconciertan sobre la naturaleza de la medida que, aun no siendo sancionadora, aparece en la Ley como una consecuencia de las infracciones. Por ello numerosísimas sentencias abordan esta cuestión con carácter previo, antes de resolver si efectivamente se ha vulnerado la reserva de Ley, la tipicidad, la exigencia de culpabilidad, la prohibición de doble sanción, etc, porque sólo si se trata de verdaderas sanciones eso presenta interés. Así, se va formando una jurisprudencia que, aunque no suele ofrecer criterios generales seguros, va resolviendo sobre el carácter sancionador o no de ciertas medidas administrativas problemáticas (cierre de establecimientos, expulsión de extranjeros, cese de funcionarios, recargos por incumplimiento de obligaciones pecuniaras, extinción de contratos o de concesiones, expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, pago de cantidades a la Administración, revocación o suspensión de autorizaciones...) en el bien entendido de que no puede decirse en abstracto que, por ejemplo, el cierre de un establecimiento sea o no sea sanción pues, en unos casos está previsto y es impuesto como tal y en otros no. Bastará algún ejemplo para comprender el sentido general de esta jurisprudencia:

— STS de 21 de febrero de 2000 (Ar. 796): “la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o

no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal; su concepción en el art. 5 de la Ley 7/1980 como una medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento (...) el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración; de ahí por tanto que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la decisión de imponer la obligación de demoler lo indebidamente realizado...”.

— STS de 7 de marzo de 2000 (Ar. 7072): no es una sanción la caducidad de una licencia de taxi acordada por haber arrendado su titular la explotación a otra persona pues tal conducta no está prevista como infracción; es sólo un supuesto de “extinción del derecho a la explotación de la licencia por la concurrencia de una causa legal de revocación”; por tanto, no tiene sentido alegar la prescripción ni la falta de algunos trámites específicos del procedimiento sancionador. Ello sin perjuicio de reconocer que hay otros supuestos en los que la caducidad de estas licencia sí es verdadera sanción.

— STC 276/2000, de 16 de noviembre. Como otras muchas sentencias del TC se ocupa de la naturaleza, sancionadora o no, de ciertos recargos tributarios. En este caso se trataba de un recargo del 50% sobre los ingresos correspondientes a declaraciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración. Dice la sentencia que no son criterios determinantes “ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador”; tampoco que se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos”. Pues “el carácter sancionador de un acto (...) depende, además, de la *función* que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse”. En el caso, el TC considera que, sin perjuicio de otras finalidades como la disuasoria, “no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones, debemos llegar a la conclusión de que

este recargo cumple (...) la misma *función de castigo* que es propia de los actos sancionadores”. En suma, “en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en que ha existido una infracción de Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente nada más que como una sanción”.

II. LA RESERVA DE LEY DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

a) Es capital el apartado 1 del artículo 25 de la Constitución:

Nadie puede ser condenado o *sancionado* por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento.

Por “legislación” se ha entendido Ley, con exclusión de normas de rango inferior (reglamentos). Hay, pues, una reserva de Ley tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo sancionador. En el caso del Derecho Penal, por la repercusión normal de las penas sobre derechos fundamentales, la Ley ha de ser Orgánica, salvo excepciones. En el caso de las infracciones y sanciones administrativas basta una Ley ordinaria o norma de igual rango (Decreto Legislativo y Decreto-ley), salvo excepciones. La reserva de Ley cubre principalmente la tipificación de las infracciones (penales y administrativas) y la determinación de los castigos correspondientes (penas o sanciones administrativas); pero también otros elementos importantes del régimen: sujetos a los que puede sancionarse, reglas para determinar la extensión de la sanción, etc. Ilustra esto último la STS de 19 de diciembre de 2000 (Ar. 9572): “lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que la responsabilidad solidaria por infracciones administrativas pueda establecerse por norma puramente reglamentaria. Ello es contrario al principio o regla de legalidad”. Pero las fronteras no están claras y los Tribunales no siempre se muestran tan rigurosos. Así, por referir un aspecto importante, no mantienen la exigencia de Ley para regular los plazos de prescripción (STS de 16 de mayo de 2000, Ar. 3886).

b) La reserva de Ley en Derecho Penal no prohíbe que las Leyes contengan *normas penales en blanco*, incluso aunque tengan que com-

pletarse con reglamentos. Norma penal en blanco es aquélla que establece una pena para una conducta de incumplimiento de otra norma distinta, fundamentalmente si esta otra es de inferior rango. En realidad esas otras Leyes o reglamentos no son normas penales porque no establecen penas; simplemente imponen los requisitos, los deberes, las prohibiciones a que quedan sometidas determinadas actividades de los ciudadanos. Lo mismo y con más razón debe decirse de las *normas sancionadoras en blanco*, es decir, de aquéllas que establecen una sanción administrativa para una conducta de incumplimiento de otra norma distinta, aunque esta otra tenga rango de reglamento. Ejemplo: el art. 34.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios "el incumplimiento de las normas relativas a registro". Este art. 34.6 tiene rango de Ley pero las normas que regulan los registros son sólo reglamentarias: tampoco esto se considera contrario a la reserva de Ley porque la norma verdaderamente tipificadora tiene rango de Ley; las otras, las que con rango reglamentario regulan los registros (v.gr. el registro general sanitario de alimentos) no son realmente normas sancionadoras. La existencia de numerosas normas sancionadoras en blanco y su gran amplitud hace que casi cualquier incumplimiento de las normas reglamentarias que establecen la conducta que debe observarse en cada actividad constituya una infracción: aunque esa norma reglamentaria no lo exprese y no prevea ninguna sanción, su incumplimiento realizará el tipo de la norma sancionadora en blanco.

c) Si en lo dicho hasta ahora no hay una gran diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador — salvo que en éste son mucho más frecuentes y numerosas las normas punitivas en blanco — hay que añadir de inmediato que, pese a que la reserva de Ley está consagrada en términos idénticos para el Derecho Penal y para el Administrativo sancionador por el art. 25.1 CE, la jurisprudencia ha admitido en el caso de este último una cierta flexibilización. En concreto, ello se traduce en aceptar que las Leyes sancionadoras, si así lo autorizan, pueden ser completadas, pormenorizadas y desarrolladas por reglamentos. No obstante, tiene que ver siempre una norma con rango de Ley la que contenga una verdadera tipificación de las infracciones y la que señale con tanta precisión como le sea posible las sanciones pertinentes y las reglas sobre responsabilidad. En suma, a los reglamentos se les reconoce un papel más amplio que en Dere-

cho Penal pero, aun así, muy limitado. Esta doctrina, junto con otras ideas que expondremos después, encuentra reflejo en el art. 129 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, sobre todo en su apartado 3:

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley...

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse *sanciones* que, en todo caso, estarán *delimitadas por la Ley*.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir *especificaciones o graduaciones* al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, *sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla*, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

d) Si esto ya supone una cierta diferencia respecto al Derecho Penal, todavía debe añadirse que la jurisprudencia constitucional y ordinaria admiten que la flexibilización de la reserva de Ley es aun mayor en relación con las infracciones administrativas relativas a las relaciones de sujeción especial, y, además, que, a estos efectos, se ha optado por un concepto relativamente amplio de relaciones de sujeción especial, un concepto criticado doctrinalmente pero que, en cualquier caso, es el que hoy por hoy manejan los Tribunales para dulcificar las exigencias de la reserva de Ley. Se incluyen aquí, desde luego, a los funcionarios, a los presos, a los usuarios de ciertos servicios públicos en tanto que se integran establemente en su organización administrativa, como los estudiantes de centros públicos. Pero, además de ello, se da el mismo tratamiento a veces a los sujetos que simplemente tienen una autorización administrativa o a los profesionales integrados en Colegios Profesionales.

e) Un problema específico muy relevante es si las ordenanzas locales pueden tipificar infracciones y prever sanciones.

Como las ordenanzas locales tienen valor simplemente reglamentario, la reserva de Ley inclina a negarles la posibilidad de tipificar infracciones y prever sanciones.

Pero la autonomía municipal, que también está constitucionalizada (art. 140CE), opera en dirección contraria. Los Municipios no

pueden dictar Leyes, sino sólo reglamentos (ordenanzas); pero para hacer posible la autonomía, a sus reglamentos debe permitírseles ciertas determinaciones que, en principio, no son propias de reglamentos. Entre ellas, según algunos, tipificar infracciones y prever sanciones pues ello es necesario para que los Municipios puedan dar plena afectividad a las regulaciones que aprueben: si una ordenanza consagra ciertas reglas sobre recogida de basura o venta ambulante y luego no puede sancionar su incumplimiento, estará condenada a ser una norma imperfecta de escasa eficacia real. A ello se añade, a veces, el argumento de que los Plenos municipales tienen una composición democrática, igual que las Cortes o los Parlamentos autonómicos que aprueban las Leyes.

Ninguno de estos argumentos es del todo convincente ni, en cualquier caso, suficiente para admitir una excepción frontal a la reserva de Ley que consagra el art. 25 CE. Pero, aun así, esos argumentos están teniendo alguna influencia en la situación que se está configurando.

Así, por lo pronto, con carácter general, conviene tener en cuenta la disposición adicional única de la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local:

“Salvo previsión legal distinta en cuanto a sus cuantías, las multas por infracción de Ordenanzas no podrán exceder de 300.000 pesetas en Municipios de más de 250.000 habitantes; de 150.000 pesetas en los de 50.001 a 250.000; de 75.000 pesetas en los de 20.001 a 50.000; de 50.000 pesetas en los de 5.001 a 20.000; y de 25.000 pesetas en los demás Municipios”.

Si se admite la constitucionalidad de esta disposición, las infracciones de ordenanzas serán sancionadas sin más base legal que esta previsión genérica que no puede mantenerse seriamente que respete de verdad la reserva de Ley, aunque por lo menos sí concreta las sanciones máximas posibles.

Recientemente el TC ha tenido ocasión de perfilar su jurisprudencia respecto a la reserva de Ley del Derecho Administrativo sancionador y ordenanzas locales en su sentencia 132/2001, de 8 de junio:

“la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local,

existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios (...) no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”.

Porque, al menos, es necesario que la Ley tenga un contenido mínimo:

“Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos — ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal — sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica”.

Aun representando esta sentencia una profunda relajación de la reserva de Ley, es más que dudoso que resulte constitucionalmente admisible una Ordenanza sancionadora basada exclusivamente en la disposición adicional única de la Ley 11/1999 porque ni siquiera indica criterios mínimos de antijuridicidad sobre las conductas sancionables.

Lo que sin ningún género de dudas es constitucional, razonable y armoniza la reserva de Ley con la autonomía municipal es entender

que la norma verdaderamente sancionadora debe contenerse en una Ley; que esa norma legal puede ser, como sabemos, una norma sancionadora en blanco; que esa norma sancionadora en blanco, según lo que se desprenda de su redacción y de las competencias municipales en cada aspecto concreto, puede completarse con las ordenanzas locales; que por esta vía, el incumplimiento de las ordenanzas locales encontrará el respaldo de unas sanciones previstas en Ley (aunque sean superiores a las indicadas en la disposición adicional única de la Ley 11/1999); que con esa base, la ordenanza local podrá hacer algunas precisiones sobre las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento, precisiones con las que no crea nuevas infracciones y sanciones sino que simplemente “contribuye a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, exactamente igual que puede hacer cualquier reglamento estatal o regional según literalmente dice el art. 129.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero lo que la transcrita STC 132/2001 admite es mucho más que eso; y lo que, a su vez, prevé la disposición adicional única de la Ley 11/1999 es todavía más.

III. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS DESFAVORABLES Y RETROACTIVIDAD DE LAS FAVORABLES

Del art. 25.1 CE se deduce también la prohibición de retroactividad de las normas penales y sancionadoras: nótase que dice “según la legislación *vigente en aquel momento*”, es decir, que cuando el sujeto realizó la acción u omisión por la que se le pretende castigar ya debía existir la Ley que consideraba infracción esa conducta y establecía la pena o sanción que se le pretende imponer. Además el art. 9.3 dice: “La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”. Por tanto, no cabe castigar a nadie por una conducta que, cuando fue realizada, no constituía infracción o, si ya era infracción, castigarlo con una pena o sanción superior a la que estaba establecida entonces. Todo esto, en realidad, no supone una prohibición total de retroactividad: la Constitución sólo prohíbe la retroactividad perjudicial para el infractor, no la que le resulte favorable.

Las Leyes que han desarrollado estos principios constitucionales han ido más lejos que lo que exigía la Constitución: no sólo han prohibido la retroactividad de las normas desfavorables si no que, además, han impuesto la de las normas favorables. Para el Derecho Administrativo sancionador, el art. 128 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la misma línea que el art. 2 CP) establece:

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

En suma: a) Prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras desfavorables al infractor, de manera que incluso sería inconstitucional la norma que vulnerase esta prohibición y con más razón la simple resolución administrativa que aplicase retroactivamente una norma sancionadora en perjuicio del presunto culpable; y b) Obligación de aplicar retroactivamente las normas penales y sancionadoras favorables al presunto infractor, ya sea porque suponen un castigo menor, ya sea porque suprimen todo castigo para una conducta que, según la normativa vigente en el momento en que se realizó, sí era punible. Pero hay que insistir en que esto último es sólo así porque lo ha establecido el legislador sin que la Constitución imponga la retroactividad de las normas sancionadoras favorables. En ese sentido es inequívoca la STC 99/2000, de 10 de abril: tras recordar que su jurisprudencia “viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 de la Constitución”, añade que “el apartamiento de esta doctrina resulta menos justificado aún cuando (...) de lo que se trata es de una sanción administrativa”.

Todo lo anterior requiere muchas matizaciones en función de diversos factores.

Especialmente problemáticos son los casos en que la Ley posterior más favorable entra en vigor cuando ya se ha dictado la resolución administrativa sancionadora pero está pendiente de sentencia el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra aquélla. La solución puede ir desde admitir una especie de nulidad sobrevenida

que permite dictar sentencia estimatoria del recurso hasta afirmar, por el contrario, que la resolución sancionadora que se dictó es válida porque aplicó la norma vigente en aquél momento y que, en consecuencia, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sanción. Pero también caben soluciones intermedias. Las sentencias muestran casi todas las posibilidades.

Ofrece un ejemplo suficientemente representativo de las dificultades del problema y de cómo los Tribunales los resuelven con diversas soluciones, la STSJ País Vasco de 29 de junio de 2000 (Ar. 2112). Se enfrenta con el problema de la retroactividad de la Ley de Extranjería de 2000 que deroga la de 1985 y no prevé la sanción de expulsión del territorio español para los casos en que la Administración la había impuesto en aplicación de la anterior. Para la sentencia la sanción recurrida es conforme a derecho porque la Ley de 2000 no sólo era posterior a los hechos sino a la misma resolución administrativa impugnada. Además no puede ahora el Tribunal anularla por la entrada en vigor con posterioridad a la resolución sancionadora de una Ley más favorable pues el mandato de retroactividad *in bonus* del art. 128.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común está dirigido a los órganos administrativos: el acto sancionador "que se haya producido de conformidad con la garantía de retroactividad establecida por el art. 128.2 de la Ley 30/1992 no puede verse afectado en su validez jurídica por el hecho de que la norma aplicada por la Administración al resolver el procedimiento se vea derogada o modificada por una disposición sancionadora cuya entrada en vigor sea posterior al ejercicio de la potestad sancionadora". Pero, manteniendo la validez de la sanción administrativa, declara que la Ley de Extranjería de 2000 conduce a "entender que el legislador ha dispuesto la aplicación retroactiva del régimen sancionador establecido en la nueva Ley en su grado medio, esto es, sobre los efectos jurídicos no consumados o de eventual producción futura que se deriven de la ejecución de sanciones administrativas dictadas al amparo de la Ley Orgánica 7/1985", de modo que se produce "la pérdida sobrevenida de ejecutoriedad" de la sanción. Así, en definitiva, pese a declarar la validez de la sanción y pese a desestimar íntegramente el recurso, afirma que se "produce la consecuencia de la pérdida sobrevenida de los efectos ejecutorios de la sanción impuesta a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero".

También merecen una consideración especial los supuestos de normas sancionadoras en blanco cuando se modifica, no esa norma sancionadora, sino la norma cuyo incumplimiento reprime aquélla. Desde luego, la prohibición de retroactividad desfavorable es aplicable. Así, por ejemplo, no cabrá sancionar a quien utilizó un aditivo cuando estaba permitido, aunque luego pase a estar prohibido. Por lo que se refiere a la obligación de retroactividad favorable debe ser matizada como se comprende con el siguientes ejemplo: si mañana se estableciera que los coches deben circular por la izquierda, resultaría absurdo que dejara de sancionarse a quien, con anterioridad a ese cambio, ya hubiera circulado por la izquierda. Aunque se produjera tal modificación legislativa, el Derecho seguiría considerando reproable a quien circulaba por la izquierda cuando lo ordenado era hacerlo por la derecha. Si en estos casos se dejara de sancionar la conducta por el hecho de que ahora es lícita, quedaría impune una conducta gravemente lesiva que el Derecho, pese a los cambios producidos, sigue considerando reproable. Lo mismo debe afirmarse ante quien construyó, por ejemplo, en suelo no urbanizable, aunque luego, por la modificación del plan, pase a ser urbano. En estos casos en los que, pese a las modificaciones normativas, no ha cambiado la valoración jurídica negativa de la conducta anterior, la aplicación mecánica de la retroactividad favorable conduce a resultados injustos que no son los queridos por este principio. Pero no siempre los Tribunales corrigen suficientemente esta desviación del principio que, a veces, se aplica mecánica e injustamente.

IV. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Definición de infracción administrativa con los mismos elementos esenciales del delito

Es clásica la definición de delito como acción u omisión, típica, antijurídica y culpable. En la actualidad y para nuestro Derecho la misma definición, que incluye los elementos esenciales de la infracción penal (acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), es trasladable a la infracción administrativa. La diferencia está, como sabemos, en que a aquélla el ordenamiento atribuye una pena que deben imponer los Jueces y Tribunales, y a ésta, a la infracción

administrativa, una sanción que deberán imponer los órganos administrativos.

Establecer como elementos esenciales de la infracción administrativa los mismos de la infracción penal es una conquista reciente, fruto de la aproximación del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal a que hemos aludido antes. Lo cierto es que el TS lo ha proclamado reiteradamente. Por ej., su sentencia de 17 de abril de 1990, entre otras similares, define la infracción administrativa como "conducta antijurídica, típica y culpable". Y la STS de 23 de febrero de 2000 (Ar. 7047) afirma:

"Para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable; presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad"

Veamos estos elementos a continuación.

2. El requisito de la antijuridicidad

Aunque no toda conducta contraria al ordenamiento jurídico es infracción penal o administrativa, sí ocurre que esa vulneración del ordenamiento es requisito necesario para que haya tales infracciones. Ello se expresa diciendo que la acción tiene que ser antijurídica. Supone esta afirmación el abandono de una de las ideas en las que la doctrina clásica centraba las diferencias ontológicas entre delitos e infracciones administrativas pues, según se afirmaba, en vez de verdadera antijuridicidad, había sólo "antiadministratividad" (Goldsmichmidt) lo que, en definitiva, suponía que las infracciones administrativas no entrañaban lesión de los bienes protegidos por el ordenamiento general sino sólo el ordenamiento administrativo y los intereses administrativos o ni siquiera ello pues podían ser infracciones meramente formales o de pura desobediencia. Tal vez estas ideas pueden conservarse parcialmente para las infracciones insertas en el seno de relaciones de sujeción especial o de las que a veces se han llamado sanciones de autoprotección. Pero fuera de ese campo, que en la actualidad es sólo una parte reducida dentro del conjunto del Derecho Administrativo sancionador, tal concepción no es de recibo sin ponerse en frontal contradicción con la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas y,

antes que con ello, con la realidad jurídica actual que muestra rotundamente que una misma conducta puede ser considerada según la libre voluntad del legislador delito o infracción administrativa y en las que éstas protegen el ordenamiento jurídico general, y no un ordenamiento interno de la Administración, ante ciertos ataques a los mismos bienes jurídicos que pueden tutalarse penalmente y no a ciertos intereses administrativos distintos.

Lo que sí es cierto es que las infracciones cuya sanción se encomienda a la Administración son normalmente las relativas ámbitos o sectores de actividad en las que la Administración está muy presente de múltiples forma, que las infracciones sancionadas administrativamente suelen consistir en el incumplimiento de deberes que impone la Administración o cuyo control está confiado a la Administración y que comportan lesión o peligro de bienes jurídicos cuando estos se han convertido e intereses públicos confiados a la Administración... Pero esto no expresa nada más que una idea vaga e imprecisa sobre los caracteres generales de la antijuridicidad de las infracciones administrativas que, en cualquier caso, no representan un cambio cualitativo respecto a la antijuridicidad de los delitos. De hecho, nos encontramos con infracciones administrativas que no tienen nada ver con un deber impuesto por la Administración, como en el ejemplo del consumo de drogas en lugares públicos. Incluso hay infracciones administrativas que consisten en el incumplimiento de obligaciones que, en principio, serían sólo obligaciones civiles entre dos sujetos privados (así, ciertos incumplimientos de contratos por empresas turísticas con daño para sus usuarios, la introducción en contratos con consumidores de cláusulas abusivas, la falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria cuando se aplace el pago más de sesenta días desde que se recibió la mercancía, etc) u otras que más bien respaldan lo decidido por los jueces civiles (persistencia en la utilización de condiciones generales de la contratación respecto a las que haya prosperado una acción civil de cesación). Se podrá decir que todo esto pone más bien de relieve la hipertrofia del Derecho Administrativo sancionador y hasta un cierto desarrollo patológico. Aunque esto fuera cierto, sirve para demostrar que la antijuridicidad de las infracciones administrativas es muy variada y no siempre la potestad sancionadora es un refuerzo represivo del resto de la actividad administrativa. Y, desde luego, incluso en los casos en que las infracciones administrativas sí son el respaldo de otras actuaciones de la Administración, lo que ya

no es verdad es que se conecten precisamente con la actividad de policía o de limitación. Igualmente se conectan con actividad prestacional o de servicio público y con actividad de fomento.

La antijuridicidad tiene dos sentidos y los dos deben concurrir para que haya infracción administrativa:

a) Antijuridicidad formal: desde este punto de vista, una conducta es antijurídica si es contraria al ordenamiento, porque supone hacer lo que prohíbe o no hacer lo que ordena.

b) Antijuridicidad material: además, es necesario que la conducta lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido. La puesta en peligro no tiene que ser concreta o efectiva sino que basta que sea abstracta; es decir, que la conducta sea susceptible, en potencia, de entrañar dicho peligro aunque en el caso concreto no se haya producido. La acción sancionada puede parecer inocua en su consideración aislada, pero si se generalizase resultaría lesionado el bien jurídico. Esto, que tradicionalmente se aceptaba para las infracciones penales, debe trasladarse también a las infracciones administrativas, con sólo diferencias de grado: aquí son más normales las infracciones de peligro abstracto; la lesión o puesta en peligro es normalmente más leve que la de las infracciones penales; por lo general, lo que se pone en peligro no son derechos subjetivos sino intereses públicos, pero esto tampoco es excepcional en el Derecho Penal. Por ello, el TS ha dicho que “ambos ilícitos (infracción penal y administrativa) exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una *antijuridicidad...* y *el resultado potencial o actualmente dañoso...*” (sentencia de 17 de abril de 1990, Ar. 3321).

Las conductas típicas son sólo una parte de las antijurídicas. Por tanto, si una conducta es típica cabe presumir que es antijurídica. Esto, sin embargo, tiene algunas excepciones: legítima defensa, actuar en el ejercicio legítimo de un derecho o en el cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante... Un ejemplo de aplicación jurisprudencial de esta eximente a las infracciones administrativas ofrece la STS de 28 de diciembre de 1999 (Ar. 8793): la Administración había sancionado por realizar un vertido de piedras no autorizado pero, según el Tribunal, “la situación de peligro para las viviendas creada por el fortísimo temporal justifica la colocación de las piedras en un momento de calma como medio de impedir que las altas olas las destruyeran. Esta circunstancia permite apreciar la situación de necesidad (...) como causa de justificación de la conducta”.

En estos casos, según la explicación tradicional, aunque hay lesión del bien jurídico protegido por la norma que tipifica una conducta, la actuación del sujeto ha salvado otro bien jurídico al que el Derecho, en ese caso, da más valor. Pero, además, queda también excluida la antijuridicidad cuando en el caso concreto, por las circunstancias específicas que concurren, no hay daño y ni siquiera peligro abstracto para el bien jurídico protegido (*Nullum crimen sine iniuria*). Que esta idea va calando en la jurisprudencia — en contra de la tesis de que las infracciones administrativas son de pura desobediencia y se cometen aunque no perjudiquen de ninguna forma al interés protegido — lo revela muy expresivamente la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 25 de octubre de 2000 (Ar.22). Una profesora de enseñanza secundaria había sido sancionada por no haber justificado su ausencia durante tres horas en su centro de destino. Queda probado que en esas tres horas no había ningún alumno en la clase porque todos estaban en una manifestación, promovida por la Asociación de Padres de Alumnos, ante la sede de la Delegación Provincial de la Consejería de Educación. “Y llegado a este punto — dice la sentencia — no cabe imputar a la actora la falta leve por la que fue sancionada, pues si ninguno de los alumnos asistió a clase ... no tenía sentido que el profesor permaneciera en el aula, lo que traducido a la técnica del Derecho Sancionador implica la *falta de antijuridicidad de la conducta por ausencia de lesión o riesgo para el bien jurídico protegido por la norma, cual es el correcto funcionamiento del servicio público*”.

3. El requisito de la tipicidad de la conducta y otras consecuencias del principio de tipicidad

a) Para que una conducta sea infracción administrativa es necesario que, además de ser antijurídica, esté concretamente prevista por una norma como tal infracción y tenga atribuida una sanción administrativa. Las normas sancionadoras, como las penales, acotan una parte de las conductas antijurídicas para convertirlas en infracciones administrativas. Las normas establecen los “tipos”. En este sentido se habla del requisito de la tipicidad de la conducta: sólo son infracciones las acciones u omisiones tipificadas como tales o, lo que expresa la misma idea, las conductas “típicas”. La acción u omisión antijurídica pero no típica no constituye infracción ni puede ser castigada, sin perjuicio de que sí le correspondan otras consecuencias. Este requisito, unido al

que deriva de la reserva de Ley, comporta que han de ser precisamente normas con rango de Ley las que realicen esta tipificación.

Naturalmente esto supone aceptar como algo perfectamente normal que no todo lo prohibido es infracción sancionable. Lo pone muy bien de relieve la STS de 17 de noviembre de 1999 (Ar. 8267): “es un hecho que, *deliberadamente* o por simple imprevisión, existen en nuestro ordenamiento numerosos ejemplos de prohibiciones que por deficiencias técnicas del régimen sancionador u otras causas no han llegado a traducirse en una respuesta de este carácter”. Y la STS de 15 de febrero de 1999 (Ar. 2279) explica que el incumplimiento de cualquier prohibición no tiene que suponer una sanción si tal actuación no está expresamente tipificada “pues no siempre la eficacia coercitiva de un mandato incumplido o de una prohibición no respetada determina una infracción sancionable, sustituida bien por una ejecución forzosa o por la inoperancia de lo realizado en contra de la prohibición”. Así, como dice la STS de 4 de octubre de 2000 (Ar. 8618), “por muy reprobable que (una conducta) sea en el orden social, moral y ético no adquiere significado infractor hasta que la misma queda recogida normativamente como conducta sancionable, penal o administrativamente, por reflejarse en una norma que, recogiendo el reproche social que produce, la califique de sancionable...”.

Como consecuencia de las exigencias de tipicidad, las normas que establecen infracciones administrativas — igual que las que establecen delitos — no se pueden aplicar analógicamente: es decir, no se puede aplicar la norma penal o sancionadora a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra pero análogo a los sí comprendidos. El art. 129.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dice: “Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”. Distinto de la aplicación analógica es la interpretación extensiva: para algunos autores la interpretación extensiva no está completamente prohibida para las normas penales y sancionadoras aunque perjudique al infractor. Los Tribunales contencioso-administrativos, sin embargo, en general, condenan formalmente las interpretaciones extensivas de las normas que tipifican infracciones.

b) Además se exige que la norma describa la acción u omisión que se considera infracción con cierto grado de concreción, sin que sean admisibles fórmulas genéricas o indeterminadas, o cláusulas normati-

vas abiertas. En caso contrario, la norma sería inconstitucional (así lo ha declarado el TC en distintas sentencias: así, entre las últimas, la 194/2000, de 19 de julio) y la sanción impuesta en su aplicación sería nula. Son numerosas las sentencias de la jurisdicción ordinaria que declaran esta nulidad. Por ejemplo, la STS de 11 de febrero de 2000 (Ar. 791) anula la sanción impuesta en virtud de una Ley según la cual “será sancionable el incumplimiento de las disposiciones relativas... a cualquier otro extremo regulado por las normas de observancia obligatoria”; y la STS de 12 de febrero de 1999 (Ar. 1521) entiende que vulnera el requisito de tipicidad la norma que describía así las conductas sancionables: “infracciones de preceptos y normas de obligado cumplimiento”; “cualquier otra infracción a los preceptos y normas de aplicación a las instalaciones” de distribución al por menor de carburantes. No obstante, salvo casos tan extremos como los que se acaban de citar, no es fácil señalar exactamente hasta dónde llega esta exigencia de tipificación, ni a partir de qué punto puede considerarse vulnerada. Sí es seguro que la tipicidad no es incompatible con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados “siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de la conducta” sancionada (STS de 15 de febrero de 1999, Ar. 1812).

c) A este respecto de la tipicidad, igual que en relación con la reserva de Ley, se tiende a aceptar una mayor flexibilidad en el Derecho Administrativo sancionador que en el Derecho Penal. Y, dentro de aquél, la flexibilización es mayor cuando se trata de infracciones en el seno de relaciones de sujeción especial o las asimiladas a ellas por la jurisprudencia como es el caso de las infracciones contra la deontología sancionadas por los Colegios Profesionales. Pero incluso en tales ámbitos y pese a tal flexibilización de la tipicidad, ésta comporta ciertas exigencias indeclinables de concreción, certeza y predeterminación normativa. Lo demuestra, entre otras, la STS de 1 de febrero de 1999 (Ar. 6946) que anula las sanciones colegiales impuestas a arquitectos porque las “conductas susceptibles de ser corregidas disciplinariamente se describen en la norma en términos tan genéricos y abstractos que difícilmente cabe derivar de ellos el grado de certeza exigible”: aunque admite “en el ámbito de las relaciones de sujeción especial la relajación posible” del principio de tipicidad, por lo menos “impide que la exigencia más suave del man-

dato de tipificación en dichas relaciones pueda rebasar el límite tras el cual la certeza no fuera alcanzable ni tan siquiera para quienes forman parte de ella”, esto es, ni tan siquiera para los que están sometidos a esas relaciones.

d) Interesa también traer aquí el llamado “principio de insignificancia”, aceptado en el Derecho Penal. Según tal principio no pueden considerarse penalmente típicas acciones que, aunque encajan formalmente en un tipo y son antijurídicas, tienen una relevancia lesiva mínima: suponen un ataque insignificante al bien jurídico que no debe ser penado. Este principio no sirve para inaplicar una norma penal que tipifica una bagatela sino para cuando, dentro de un tipo, pueden encajar, además de conductas suficientemente graves para ser penadas, otras de relevancia lesiva ínfima. La conducta sigue siendo antijurídica pero dejará de ser considerada típica: al no ser típica no podrá imponerse pena, pero al ser todavía antijurídica sí podrá reaccionarse contra ella por otros medios previstos en Derecho.

Con matices y adaptaciones, estas ideas podrían trasladarse también a las infracciones administrativas. Claro está que las infracciones administrativas son por lo general de menor gravedad que las penales y que no por ello pueden quedar impunes. Pero incluso reconociendo esto, también la potestad sancionadora de la Administración debe tener algún límite para no castigar conductas de tan escaso significado antijurídico que realmente no lo merecen. Además, el principio de la insignificancia resulta de gran utilidad para el buen funcionamiento de la Administración, para la mejor defensa de los intereses generales y para los ciudadanos. Es así porque son numerosas las normas que tipifican infracciones con gran amplitud, de manera que en su descripción encajarían tanto conductas de alguna relevancia, como otras levísimas. Pero si este principio de la insignificancia se acepta, podría imponerse al sujeto que haga las correcciones necesarias para adecuarse plenamente a las normas que regulan su actividad, sin llegar a imponer una sanción administrativa: se imponen medidas correctoras porque la conducta es antijurídica, pero no se impone sanción porque no se considera típica. Sólo si el sujeto desobedece la orden de corregir las deficiencias observadas, aunque sigan siendo de poca importancia, se estará ante una conducta de entidad suficiente como para sancionar. Alguna vez lo han aplicado los Tribunales como se puede ver en la STSJ de Navarra de 23 de noviembre de 1999 (Ar. 3819) que anula una sanción impuesta porque un camión superaba en

5 cm la longitud máxima sencillamente porque “un exceso de 5 cm no debe tener relevancia sancionadora”.

4. Exigencia, además, de ciertos elementos subjetivos. Voluntariedad y culpabilidad. Consecuencias del principio de culpabilidad

a) Desde luego no procede imponer un castigo (pena o sanción administrativa) si se comete la infracción, ya sea penal o administrativa, sin voluntariedad. Pero entendida la voluntariedad estrictamente, sólo falta en los siguientes casos: cuando el sujeto queda paralizado, en los estados de inconsciencia, cuando concurre fuerza irresistible o se obra por movimientos reflejos. Como se comprenderá, poco interés práctico tiene ello para las infracciones administrativas. Pero en algunos casos sí podría mantenerse que falta incluso la voluntariedad ante lo que, desde luego, los Tribunales anulan la sanción. Así, quizás podría citarse como ejemplo de ello la STS de 17 de mayo de 1999 (Ar.4147) que anula la sanción impuesta a una entidad financiera por exceso de concentración del riesgo porque ello no fue “libre y espontáneamente decidido por la actora sino como una medida adoptada en el seno de un procedimiento concursal... tratando de salvar en la medida de lo posible un crédito dudoso”.

b) Además de voluntariedad, se proclama el principio de culpabilidad que restringe más intensamente la posibilidad de imponer castigos. Esto, siempre aceptado para las infracciones penales, se afirma ahora también para las administrativas hasta el punto de que el TC, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, ha considerado que tal principio de culpabilidad está constitucionalizado para ambos géneros de infracciones.

Ello supone, en contra de lo que mantenía la doctrina clásica, la exclusión de la responsabilidad objetiva. Hoy es ya lugar común en la jurisprudencia ordinaria como refleja la STS de 23 de enero de 1998 (Ar.601):

“... puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STC 76/1990... Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”.

c) Muy elementalmente, las consecuencias de este principio de culpabilidad que más nos interesan, para poner de relieve los elementos subjetivos de las infracciones, son:

— No se puede imponer a nadie una sanción por un hecho de otro. A esta idea se alude como principio de personalidad de las sanciones administrativas.

— No cabe imponer sanción administrativa cuando concurre alguna causa que excluya la culpabilidad: inimputabilidad (menor edad, enajenación, trastorno mental transitorio...), falta de conciencia del injusto, no exigibilidad de otra conducta, etc.

— Para imponer un castigo (pena o sanción administrativa) es necesario que la infracción (penal o administrativa) se haya realizado con dolo o, al menos, con culpa o imprudencia. Si el CP dice que “no hay pena sin dolo o imprudencia” (art. 5), lo mismo debe decirse de las sanciones administrativas.

d) Esto, a su vez, tiene muchas consecuencias. Las de mayor relevancia práctica son las relativas al valor del error del sujeto que realiza una infracción administrativa. De hecho, son muchas las sentencias que se plantean si el sancionado por la Administración había actuado culposamente o, por el contrario, con un error invencible, esto es, con un error que no habría superado aunque hubiera actuado con toda la diligencia que le es exigible, supuesto este último en el que anulan la sanción (si el error es vencible sólo atenúa la sanción administrativa, STS de 18 de enero de 1999, Ar. 163). Bastará citar algunos casos para suministrar un panorama de esta jurisprudencia.

— Numerosas son las sentencias que niegan la comisión de una infracción si el sancionado por la Administración había actuado conforme a una interpretación de las normas que, aunque errónea, era razonable, no disparatada ni arbitraria, porque en tal caso falta la culpa (SSTS de 9 de diciembre de 1997, Ar. 485 de 1998; 15 de enero de 1998, Ar. 789; 3 de octubre de 1998, Ar. 7893; de 12 de enero de 2000, Ar. 549).

— En otros casos el error se refería a un dato jurídico: por ejemplo, el sancionado creyó erróneamente que tenía atribuido un derecho de aprovechamiento de aguas (STS de 27 de abril de 1998, Ar. 3645), o que tenía concedida una subvención (STS de 23 de enero de 1998, Ar. 601) o que la Administración había autorizado una actividad (STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 1051). Si el error era invencible teniendo en cuenta el deber de saber y de informarse del sujeto, no recaerá sanción administrativa.

En algún caso se ha aceptado que era la misma Administración la que había inducido a error invencible al infractor (STS de 23 de febrero y 11 de octubre de 2000, AR. 7047 y 9128).

No obstante, mayoritariamente, los Tribunales rechazan estas alegaciones de error argumentando, con razón, un amplio deber de diligencia y de saber y de informarse de los sujetos, sobre todo en ciertos ámbitos: por ejemplo, así se hace respecto de fabricantes que presentan como producto de una calidad otros que son inferiores y alegan su error pues habían sido engañados por sus suministradores, pero se rechaza que el error sea invencible ya que su deber de diligencia les obliga a realizar análisis (SSTS de 20 de abril y 17 de septiembre de 1999, Ar. 4174 y 7348; de 21 de marzo de 2000, Ar. 2724); o respecto a los administradores de entidades de crédito pues “los componentes del supremo órgano gestor de una entidad bancaria no pueden alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que les vienen impuestas legalmente, máxime si se tienen en cuenta los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, siéndoles exigible, como parte de sus funciones libremente asumidas, un deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad que dirigen y sobre su situación financiera” (STS de 7 de abril de 1999, Ar. 3066) hasta el punto de que “la invocación por los vocales que formaban parte del consejo de administración de su ignorancia de los hechos viene a reconocer, cuando menos, la falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones” y, por tanto, su culpa (STS de 4 de mayo de 1999, Ar. 10096 del 2000).

e) El deber de diligencia es también muy extenso en otros aspectos, y ello da una apariencia de responsabilidad objetiva que, sin embargo, es falso. Así, la empresa que fue sancionada por no revisar los extintores de incendios no se eximió de la sanción por el hecho de haber contratado esa revisión con otra empresa que no cumplió su obligación, porque aquélla tenía que vigilar que se realizara la revisión (STS de 17 de febrero de 1998, Ar. 1557); también fue confirmada la sanción a un fabricante que produjo turrón con falta de peso pese a que ello se debió a la avería de una máquina pues tras la ruptura no actuó con la debida diligencia para detectar la avería y parar el proceso productivo (STS de 5 de noviembre de 1998, Ar. 8212).

Convine aclarar que la falta de culpabilidad, aunque impide imponer sanciones, no convierte en lícita la conducta. Por ello sí podrán imponerse otras medidas administrativas tendentes a restablecer la legalidad o evitar peligros o cobrar las cantidades adeudadas...

V. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

I. Las sanciones administrativas como determinación legal. Límites constitucionales a la libertad del legislador

a) Dando por reiterado cuanto antes se expuso sobre el concepto de sanción, importa ahora comenzar por destacar que el principio de tipicidad, del que antes expusimos su proyección en cuanto a las infracciones, afecta también y primordialmente a las sanciones. Podemos hablar así de la tipicidad en su vertiente de taxatividad de las sanciones que, unida a la reserva de Ley, no sólo impone que las sanciones vengan establecidas por normas con ese rango sino además que estén predeterminadas con cierta precisión. Así, como, entre otras, explica la STS de 11 de julio de 2000 (Ar. 5468), la tipicidad sólo “se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra” (en términos muy parecidos, STS de 28 de abril de 1998, Ar. 3330, y de 27 de enero de 1998, Ar. 1262). Vulnera, por tanto, el principio de tipicidad una norma que no señala criterio alguno de graduación de la sanción pecuniaria que establece ni límite a su cuantía mínima, aunque sea preconstitucional (SSTS de 15 y 17 de noviembre de 1999, Ar. 8694 y 8267; y de 2 y 10 de diciembre de 1999, Ar. 9391 y 8831). La STS de 11 de febrero de 2000 (Ar. 791) dice que las exigencias de seguridad jurídica se concretan, “ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta”, de modo que, aunque en la fijación de la sanción se “pueden dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad ... administrativa ...”, en modo alguno puede quedar encomendado por entero a ella”.

b) Lo anterior conlleva que las clases de sanciones por su contenido, o sea, por el mal que comportan, son las que establezcan las Leyes.

Con todo, el legislador tiene ciertos límites constitucionales para establecer las sanciones administrativas. Es evidente, por lo pronto, que lo que no podría consagrar como pena tampoco puede establecerlo como sanción administrativa; por ejemplo, si no caben “penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 15 CE), menos aún son imaginables como sanciones administrativas y que cualquier Ley que estableciera una sanción que pudiera considerarse “inhumana o degradante” o que de cualquier forma afectara a la integridad física o moral, sería inconstitucional. De otro lado, la Constitución, en su art. 25.3,

establece un límite específico para las sanciones, que no existe para las penas: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Por tanto, se admite *sensu contrario* la posibilidad de sanciones privativas de libertad en el ámbito militar y, de hecho, la legislación sigue previéndolas. Además, el precepto no prohíbe medidas administrativas privativas de libertad si no tienen carácter sancionador (v. gr. aislamiento forzoso de enfermos contagiosos). La limitación se refiere a la libertad consagrada en el art. 17 de la propia Constitución, de manera que los castigos privativos de esa libertad sólo pueden ser penas de imposición judicial. Pero hay sanciones administrativas que limitan otras libertades o restringen de otra forma la libertad; así, por ejemplo, las que limitan la libertad de empresa o de elección de profesión u oficio o la de expulsión de extranjeros del territorio nacional. En principio, esto no es inconstitucional, como no lo sería una sanción administrativa que restrinja el derecho a participar en los asuntos públicos o a acceder a las funciones o cargos públicos, o el derecho a la educación u otro derecho o libertad constitucionalizado. Sólo en algunos casos, pueden deducirse límites constitucionales específicos al contenido de las sanciones. Así, por ejemplo, del art. 22 CE se desprende que no cabe una sanción administrativa de disolución o suspensión de actividades de una asociación. Salvo ello, no hay límites al legislador para establecer sanciones restrictivas de derechos, aunque estén constitucionalizados, como no los hay, por ejemplo, para prever multas aunque afecten al derecho de propiedad, que también está consagrado en la CE. Cuestión distinta es que en algún caso pudiera llegar a considerarse que, por la configuración del ilícito o por la extensión que se prevea para cada tipo de sanción, sí hay inconstitucionalidad.

c) De lo dicho se desprende un campo común de penas y sanciones, del que hay que excluir las privativas de la libertad ambulatoria y muy poco más. Esto supone el abandono de ciertas construcciones. Es sabido que el ámbito considerado natural y más fácilmente admisible de la punición administrativa era el disciplinario que permanecía en el interior de la Administración y podía considerarse manifestación de sus potestades domésticas. Ese ámbito — de contornos no muy claros pero que, en principio, incluye a los funcionarios, a los que colaboran en la ejecución de un servicio público o en el ejercicio de una función pública y, a lo sumo, a los que se integran formal y establemente en la Administración como beneficiarios de sus servicios, y que, después,

como fruto de la ideología corporativista, abarcó también a los miembros de Corporaciones de Derecho Público, sobre todo, Colegios Profesionales, delimitaba no sólo las infracciones sino también el contenido posible de las sanciones administrativas. Por lo que respecta a esto último, las sanciones no debían afectar al estatuto de los ciudadanos como tales, es decir, ni a su libertad ni a su propiedad que, en su caso, sólo podrían verse limitadas por penas con intervención de los jueces; por el contrario, el contenido de las sanciones administrativas debía afectar exclusivamente al objeto mismo de la relación en cuyo seno se produce la infracción castigada (los derechos del funcionario o los de otro colaborador de la Administración...). De esta forma, las sanciones administrativas habían de tener un contenido o ámbito distinto del de las penas que fundamentalmente afectan al estatuto del ciudadano, esto es, a su libertad y propiedad. Pero, evidentemente, ni de la Constitución española se puede deducir un límite de este género ni nuestro Derecho se acomoda a tal planteamiento ni todas las infracciones administrativas son disciplinarias ni todas las sanciones recaen sobre los derechos de los funcionarios, colaboradores de la Administración y beneficiarios de servicios públicos en cuanto tales. Con toda normalidad las infracciones administrativas se cometen al margen de esas concretas relaciones con la Administración y las sanciones correspondientes afectan comúnmente a los derechos de los ciudadanos, a su propiedad (multas, comisos...) y a su libertad, ya sea a libertades concretas, como la de empresa, profesión... o la libertad genérica, con el único límite de no suponer privación de la libertad ambulatoria. Y dentro de ese campo común de penas y sanciones, ni siquiera cabe establecer reglas generales sobre la mayor gravedad de las penas ni un límite constitucional a las sanciones administrativas consistente en no superar el perjuicio que irrogan las penas previstas en el Código Penal. De hecho, existen sanciones más graves que muchas penas sin que pueda verse en ello atisbo de inconstitucionalidad.

Lo que sí sigue siendo sustancialmente cierto es que las infracciones disciplinarias — que aproximadamente se pueden identificar con las infracciones que se producen en relaciones de sujeción especial —, además de tener un régimen jurídico parcialmente distinto, se castigan con sanciones que precisamente repercuten sobre los derechos propios de la especial relación de la que parten y no sobre el estatuto general del ciudadano.

Pese a que ha reinado gran oscuridad a este respecto, deben diferenciarse totalmente las sanciones disciplinarias de las rescisorias de actos administrativos favorables al sancionado, es decir, de las que suponen la revocación de tales actos o su suspensión durante un tiempo. Las sanciones rescisorias afectan con gran frecuencia al estatuto general de los ciudadanos y limitan sus derechos como tales. El que se exija, por ejemplo, una autorización administrativa para que un particular realice ciertos actos o actividades (conducir, cazar, abrir un local público, iniciar una determinada actividad industrial o bancaria...) privados no se parece ni remotamente a una relación de sujeción especial; y si se prevé una sanción consistente en la revocación o suspensión temporal de esa autorización se estará sin ningún género de dudas ante una sanción que afecta a los derechos del ciudadano como tal. Así, algunas veces, estas sanciones rescisorias son equivalentes a una prohibición de actividad, otras a un cierre de establecimiento, otras a una limitación de la capacidad para determinadas titularidades o relaciones jurídicas... Si se prescinde de la envoltura superficial de presentarse formalmente como revocación o suspensión de un previo acto administrativo se observa que tienen contenido idéntico o similar al de ciertas penas y al de muchas sanciones administrativas sin ese carácter rescisorio. Así, no existe ninguna diferencia entre una sanción de suspensión del permiso de conducir durante cierto tiempo y otra que sencillamente se enuncie como la prohibición de conducir en ese mismo tiempo; entre la sanción de suspensión de una licencia de apertura de un establecimiento y la que acuerde su cierre... máxime teniendo en cuenta que incluso las que no se pronuncien expresamente en relación con un acto administrativo anterior supondrán indefectiblemente su "revocación indirecta" o, al menos, su pérdida temporal de eficacia. Y no son demasiado diferentes las cosas cuando la sanción rescisoria supone pérdida de prestaciones públicas o subvenciones o incluso de una concesión de dominio público, que son sanciones que afectan al patrimonio del sujeto. A fuer de exactos, las sanciones rescisorias son tan variadas como variados son los actos administrativos favorables de manera que ni siquiera está justificado tratarlas conjuntamente como una categoría unitaria. Ante tal heterogeneidad poco o nada puede decirse en abstracto sobre todas las sanciones rescisorias.

d) Junto a los mínimos límites constitucionales explicados que ni siquiera impiden un contenido similar o idéntico al de las penas, sólo cabe imaginar algún otro derivado de los requisitos esenciales del

concepto de sanción. Por lo demás, algunas sanciones podrán ser consideradas inadecuadas por distintas causas pero sin que ello comporte un verdadero límite al legislador.

La libertad del legislador para establecer las sanciones se ve reforzada por el hecho de que ni siquiera tienen que ser congruentes con la infracción que la origina ni tener ninguna clase de relación material con ella. Sin embargo es frecuente, y quizá razonable, que las sanciones sí guarden esa relación o alguna similar con la infracción: por ejemplo, se sanciona con la suspensión del permiso de conducir por la comisión de infracciones cometidas en la conducción. Pero no tiene que ser así. Y de hecho no es así muchas veces: ahí está, por sólo poner un ejemplo claro, la sanción de privación del permiso de conducir por la infracción consistente en la tenencia o consumo de drogas en lugares públicos (arts. 25 y 28.2 Ley de Seguridad Ciudadana); no hay tampoco esta relación entre una multa y la infracción de tráfico o la de sanidad o tantas otras, como no la hay entre la inmensa mayoría de las penas y los correspondientes delitos. Por eso, el legislador podría haber optado por otro tipo de sanción para esas mismas infracciones. Quizá en algunos casos la desconexión sea criticable (por ejemplo, si las infracciones de urbanismo se sancionan con suspensión del permiso de conducir o de la licencia de caza) y hasta podría plantearse si las previsiones del legislador vulneran la interdicción de la arbitrariedad (Art. 9.3 CE). Pero salvo ese límite difuso y extremo, relacionado más bien con la finalidad de las sanciones, no hay una exigencia general de congruencia entre sanciones e infracciones que limite al legislador. Más bien, a veces, da la impresión de que si una Ley sectorial atribuye a las infracciones que tipifica unas sanciones relacionadas con el mismo ámbito de actuación es porque es lo más cómodo para los órganos llamados a aplicarla.

Aun así, por mucha que sea la libertad del legislador para configurar las sanciones y su contenido, hay que reconocer ciertos límites derivados de la naturaleza de las cosas. Por lo pronto, no puede convertir en sanción lo que ni siquiera sea perjudicial (al menos, potencial y objetivamente perjudicial, aunque no lo sea en el caso concreto) para el destinatario. No caben sanciones beneficiosas ni neutras. Además, ha de tratarse de un perjuicio que derive exactamente de la sanción. Por tanto, no será sanción la negación de un derecho que realmente no se tenía ni la imposición de un deber que ya existía.

En la misma línea no debería preverse como sanción aquella medida que impone a un administrado la conducta correcta, que simplemente obliga a indemnizar el daño causado o a reponer la realidad física alterada, que obliga a devolver la subvención indebidamente cobrada o no aplicada a sus fines o que de cualquier forma es imprescindible y está derechamente encaminada a proteger los intereses públicos. Pero a veces el legislador — por su burda técnica, por obsesión sancionadora o por otras razones — configura tales medidas como sanciones. Eventualmente, al menos, añade algún mal al perjuicio que ya cabría imponer con otra finalidad y naturaleza (v. gr., aumenta el tiempo de cierre de un establecimiento más allá de lo necesario para garantizar el interés público), pero en otras ocasiones, ni eso. Con tal error, no sólo no consigue imponer realmente un nuevo mal, sino que dificulta con requisitos impropios y excesivos (culpabilidad, tipicidad, procedimiento sancionador, inexistencia de prescripción, etc) lo que debería poder acordarse con otra naturaleza y sin tales obstáculos. Pero, en general, es difícil luchar contra estas erróneas calificaciones legislativas y sus nefastas consecuencias. Sólo en algún supuesto podrá pasarse de una simple crítica a considerar que se está ante una sanción imposible o a afirmar que, del mismo régimen previsto en la Ley, se deduce que, pese a su denominación legal, no es una sanción. Así, en la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 se establece como sanción el “precintado de los generadores de calor y vehículos y suspensión o clausura de las demás actividades *contaminantes...*”; y, para colmo, añade que “tales medidas *serán levantadas cuando se hayan corregido los hechos determinantes de la sanción*” (art. 12.1). Absurdo es que impedir el funcionamiento de actividades contaminantes se prevea como sanción. Pero más que absurdo es ya inconcebible una sanción que sólo dura mientras hay anomalías y que el infractor puede evitar con sólo corregirlas. No se trata de un error único: la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 califica como sanción accesoria “el precintado o la incautación de los equipos o aparatos o la clausura de las instalaciones *en tanto no se disponga del referido título*” (art. 82.3); el Reglamento de Explosivos de 1998, que desarrolla la Ley de Seguridad Ciudadana, califica como sanción el “cierre... del establecimiento donde se produzca la infracción *hasta tanto no se establezcan las medidas de seguridad o se subsanen las anomalías existentes*” (art. 294).

La libertad del legislador para decidir los bienes y derechos del responsable sobre los que recaerán las sanciones no impide considerar

criticables algunas por resultar inadecuadas para conseguir los fines de las sanciones o por causar un daño en sí mismo contrario a los intereses generales o a ciertos valores aceptados por la comunidad y reconocidos por el ordenamiento. Tal valoración puede merecer, quizá, la sanción de cierre de un establecimiento, o la destrucción de bienes o productos valiosos, o la prevista en la Ley de Biotecnología de prohibición de comercialización de un producto o la insólita sanción accesoria de esterilización de animales de la Ley de animales peligrosos. Son medidas que se aceptan de buen grado cuando sean necesarias para garantizar los intereses públicos pero que, en general, son inadecuadas como sanciones pues no es conforme con los valores generales cerrar un establecimiento, destruir un producto o prohibir su comercialización o esterilizar un animal nada más que si con ello se evitan peligros. Si no hay tal peligro, esos males causan un perjuicio que va más allá del infractor; y si lo hay, deberían acordarse expeditivamente al margen de la potestad sancionadora. Pero también en este punto la crítica no puede pasar de ahí ni convertirse en un verdadero límite al legislador.

2. Cuadro general de las principales sanciones administrativas en Derecho español

a) Si el Derecho Penal cuenta con una regulación general en la que aparecen todas las penas existentes, sistematizadas y definidas (arts. 32 y ss CP), en el Derecho Administrativo no existe nada similar, ni la más mínima regulación general sobre las sanciones posibles o sobre el significado de las más habituales. Se podría haber incluido esa regulación en una Ley básica como la 30/1992, pero, en lo que aquí interesa, se reduce a aludir a las sanciones pecuniarias y a reiterar la prohibición del art. 25.3 CE (art. 131). Son las Leyes sectoriales las que, junto a las infracciones, contienen, no ya las determinaciones sobre las concretas sanciones correspondientes a cada una de ellas, sino una regulación completa sobre las clases de sanciones posibles en cada ámbito. No puede ser de otra forma puesto que no hay ninguna regulación general. Cada Ley *inventa* el cuadro de sanciones y, además, incluso previendo las mismas sanciones que otra Ley, puede llamarlas de otra forma, o llamándolas igual, puede que el contenido sea diferente. De hecho, es lo que ocurre, como se probará.

A este respecto, el legislador se ha mostrado más imaginativo que sistemático. Desde luego, hay ciertas constantes, incluso similitudes notables entre Leyes de la misma familia. Pero también muchas variaciones y un conjunto poco armonioso, difícilmente justificable y, quizá en algún punto irracional y hasta injusto ¿Por qué para las infracciones de una Ley hay comiso y no lo hay para las de otra Ley que son muy similares? ¿Por qué ante infracciones casi idénticas, unas Leyes prevén la publicidad de las sanciones o la inhabilitación para contratar con la Administración y otras no? Naturalmente, si no se cuenta con una base uniforme sobre las clases de sanciones, menos puede haber reglas comunes sobre la determinación de la pertinente sanción en cada caso, ni sobre las que son principales o accesorias ni sobre su ejecución o sustitución. Y aun prescindiendo de este tipo de consideraciones, no podrá regarse el despilfarro de esfuerzo que supone que cada Ley contenga reglas a este respecto sin ningún régimen general al que remitirse. Desde luego, también presenta alguna ventaja: permite que en cada ámbito se establezcan las sanciones más adecuadas, no ya a la gravedad de la infracción correspondiente, sino al conjunto del sector ordenado y al tipo de intervención administrativa establecido. Pero probablemente cabría mantener esta ventaja permitiendo a cada Ley sancionadora sectorial realizar las adaptaciones necesarias dentro de un marco general sobre las clases de sanciones posibles y su significado, contenido y régimen.

En cualquier caso, queda de relieve la libertad del legislador sectorial para prever y hasta inventar las sanciones que le parezcan más convenientes en cada caso. También queda sentado con lo anterior que para ofrecer un panorama de las sanciones administrativas en el Derecho español no hay otro camino que el de espigar en la multiplicidad de leyes sancionadoras y, prescindiendo de la utilización de nombres distintos y hasta de diferencias menores o más aparentes que reales, tratar de crear unas categorías generales.

b) Tratando de ofrecer unas categorías generales de las sanciones más comunes en la extensa legislación sancionadora española y prescindiendo de las sanciones disciplinarias, pueden observarse una serie de sanciones que, con variantes menores, se repiten en numerosas Leyes. Detectamos así siete grandes grupos de sanciones habituales o comunes en las Leyes sectoriales. Sobre todo, la sanción de *multa*. Pero también, aunque en menor medida, las sanciones de *comiso*, de *cierre* de establecimientos, de *amonestación* y de *publicidad* de las sanciones. Otras veces, las Leyes establecen como sanción la *prohibi-*

ción de realizar determinadas actividades privadas, ya sea presentándolas propiamente como tales prohibiciones ya sea con otros nombres y formas. También puede descubrirse con cierta frecuencia sanciones que más bien comportan una restricción de la capacidad del sancionado (sobre todo, pero no únicamente, sanciones que impiden contratar con la Administración u obtener subvenciones y ayudas públicas) y a las que puede aludirse como sanciones de *inhabilitación*.

Aun así, el panorama no es completo. Hay sanciones específicas previstas sólo en alguna Ley que no pueden ser incluidas en una categoría. Algunas de ellas son más bien pintorescas manifestaciones de la fantasía del legislador que no se doblega fácilmente ni por la técnica ni por un deseo de racionalización general de las sanciones. En este grupo pueden incluirse varias de las que antes aludimos como sanciones inadecuadas, tales como las "sanciones accesorias de ... esterilización o sacrificio de los animales potencialmente peligrosos" (art. 13.3 de la Ley 50/1999) o la nueva sanción accesoria a la de multa de la Ley de Puertos de "pago de los costes de inspección". Y, en la misma Ley, ya aparecía como "sanción complementaria" la *sui generis* de "retención del buque".

En otros casos, la peculiaridad y casi irrepitibilidad de la sanción deriva de la singularidad del sector regulado y de una adecuación de las sanciones a ella y a las concretas relaciones que se producen. Así, puede citarse aquí la "sanción de disolución forzosa con apertura del periodo de liquidación" del art. 16.2 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención en Entidades de Crédito. Igualmente, en el art. 79 de la Ley del Deporte se prevén sanciones como la alteración del resultado de los encuentros, la celebración de la competición deportiva a puerta cerrada o el descenso de categoría; o en algunas de las leyes autonómicas de espectáculos públicos y actividades recreativas se establece como sanción la reducción del horario de apertura. En otro orden puede citarse la sanción de *expulsión del territorio nacional* pero, en general, más que una sanción, es una medida que en algunos casos sustituye a la sanción.

Por otra parte, hay sanciones que consisten propiamente en la privación de un derecho administrativo, esto es, un derecho frente a la Administración y muchas veces incluso reconocido ya por ésta. En realidad, no llegan a formar una categoría homogénea ni numerosa. Los escasos supuestos en que se prevén estas sanciones — una vez que se las diferencia de medidas similares sin tal carácter — no permiten formar una categoría general con un mínimo significado común. Por

lo menos se pueden distinguir estas dos variantes: las que suponen la pérdida del derecho a una prestación administrativa y las que afectan a un derecho a participar o colaborar o realizar determinadas funciones públicas o a utilizar el dominio público. De las del primer grupo, esto es, de las que suponen la privación de una prestación administrativa, es la peculiar del art. 120.6 de la Ley de Puertos: "Para los casos de infracciones muy graves se podrá acordar ... impedir su entrada (la de un buque) o las operaciones de carga y descarga del mismo como sanción complementaria". La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Texto Refundido de 2000) ofrece un excelente ejemplo cuando su art. 47, en relación con las infracciones en materia de Seguridad Social, se ocupa de las "sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios": establece la sanción de pérdida de la prestación, subsidio o pensión durante uno, tres o seis meses o incluso definitivamente. Desde luego es una auténtica sanción a quien, si no fuera por ello, tendría derecho a esas prestaciones, y no simplemente de negarlas a quien las obtuvo indebidamente (para ello, el mismo artículo se refiere luego, sin carácter sancionador, al "reintegro de las cantidades indebidamente percibidas"). En este mismo grupo pueden incluirse todas las sanciones que suponen pérdida de subvenciones ya concedidas, con la consecuente obligación de devolver lo ya recibido. Pero hay que explicar de inmediato que la mayoría de las veces esa pérdida de la subvención y obligación de devolución no es una verdadera sanción: no lo es cuando es la consecuencia del incumplimiento por parte del beneficiario de las cargas que la subvención entraña. En el segundo grupo se incluyen las caducidades de las concesiones de servicio público o de dominio público, o de las simples autorizaciones para el uso de éste. Pero no siempre tienen verdadera naturaleza sancionadora. Más bien, como sanción propiamente dicha ocupan un papel reducido.

3.- El principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas

Si a cada delito corresponde una pena que ha de estar fijada taxativamente por la Ley, aunque es normal y lícito que deje ciertos márgenes para que el Juez o Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, fije la extensión que resulte más adecuada, lo mismo ocurre con las infracciones administrativas, para las que una norma con rango de Ley debe señalar las sanciones procedentes, aun dejando

ciertos márgenes dentro de los cuales, atendiendo a diversos criterios, deberá moverse la Administración en sus resoluciones sancionadoras. El sistema por el que las normas fijan las penas o sanciones administrativas correspondientes a cada infracción es mucho más preciso y riguroso en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo sancionador. Pero ambos se inspiran a este respecto en un mismo principio, el de proporcionalidad de las sanciones, en virtud del cual tanto las normas que fijan el castigo, como los órganos llamados a aplicar esas normas en el caso concreto deben aspirar a que haya una correcta adecuación entre ese castigo y la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Precisamente porque las Leyes administrativas dejan más margen para determinar la sanción procedente en cada caso, el principio de proporcionalidad juega aquí un papel más importante a la hora del ejercicio de la potestad por la Administración.

Ahora ese principio de proporcionalidad de las sanciones, siempre proclamado por la jurisprudencia, ha encontrado plasmación legal en el art. 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

Art. 131. Principio de proporcionalidad.

...

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar.

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Lo más destacable es que los Tribunales contencioso-administrativo realizan un estricto control de la proporcionalidad de las sanciones impuestas por la Administración llegando a afirmar a veces, acaso con algún exceso, que, en virtud de este principio, la determinación de la sanción procedente en cada caso es reglada. Aunque esto sea

discutible, lo cierto es que ello permite a los Tribunales no sólo ese control sino sustituir en sus sentencias la sanción recurrida por otra más baja. Representativa de esta jurisprudencia es la STS de 16 de febrero de 1998 (Ar. 1593). Niega que la fijación de la sanción dentro de los márgenes legales sea discrecional y justifica con ello un pleno control judicial que permite al Tribunal cambiar el importe de las multas sustituyendo directamente a la Administración:

“El principio de proporcionalidad tiene en el ámbito del Derecho sancionador una función relevante, no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por la circunstancia de que las sanciones ... se encuentran recogidas en forma sumamente flexible, lo que permite al órgano sancionador realizar una labor de adaptación a la mayor o menor gravedad del comportamiento, pero que también permite a los órganos jurisdiccionales controlar el uso correcto que se haya hecho de la potestad”.

Más recientemente, la STS de 28 de febrero de 2000 (Ar. 2655) sintetiza y matiza la doctrina jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “a) Si bien la Administración puede usar de una cierta discrecionalidad en la graduación de la sanción para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, no es menos cierto que ... el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa al control jurisdiccional. b) ... la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida ... (pues) la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras”

Sobre todo los Tribunales exigen una completa motivación de las resoluciones administrativas para imponer las sanciones en cualquier extensión que supere al mínimo previsto legalmente: sin esa motivación, normalmente rebajan la sanción al mínimo legal. En esto se ve un requisito de validez insubsanable *a posteriori* y de carácter constitucional pues, como declaró la STC 7/1998, de 13 de enero, “la motivación, al exponer el proceso racional de aplicación de la ley, permite constatar que la sanción impuesta constituye una proporcionada aplicación de una norma sancionadora previa (...) debiendo

tenerse muy presente a estos efectos que una ulterior sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos nunca podría venir a sustituir o ... sanar la falta de motivación del acto administrativo" sancionador.

VI. PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN (NON BIS IN IDEM). CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES, CONCURSO DE INFRACCIONES Y CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS

a) Los mismos hechos constitutivos de infracción administrativa pueden tener atribuidas por el Derecho otras consecuencias. Por ejemplo, puede que se hayan irrogado daños a un sujeto concreto y que ello obligue al causante de los mismos a indemnizar al perjudicado (responsabilidad civil). También es posible que alguna conducta del autor de una infracción administrativa y sancionada por ella sea constitutiva de delito y merezca por ello una pena (responsabilidad penal). También es posible que estén previstas otras sanciones administrativas o que proceda acordar medidas no sancionadoras encaminadas a restablecer la legalidad o a evitar los efectos perturbadores... En principio, todas esas consecuencias pueden acumularse. Pero este punto de partida necesita de inmediato notables modulaciones en lo que se refiere a la concurrencia de diversos castigos, ya sean penas o sanciones administrativas.

b) El art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogiendo parcialmente una jurisprudencia constitucional consolidada, dispone:

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Sensu contrario, sí cabe el doble castigo cuando no se da esa triple identidad. En realidad, esto último será normal: deben exigirse todas las responsabilidades correspondientes a todas las infracciones penales y administrativas que se hayan cometido. En unos casos se tratará de varias infracciones iguales tipificadas en la misma norma y en otros, de infracciones diferentes previstas y castigadas en normas diversas. Deben imponerse una o varias penas y una o varias sanciones administrativas, según que haya una o varias infracciones penales o

administrativas. Si no se hiciera así, se estaría dejando injustamente impune una infracción penal o administrativa. Así, el C.P. establece que "al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones..." (art. 73). Lo mismo cabe decir del responsable de dos o más infracciones administrativas: se le impondrán todas las sanciones administrativas correspondientes. Y también hay que proclamar similar conclusión para quien sea responsable de diversas infracciones penales y administrativas: se le impondrán las penas y las sanciones administrativas correspondientes a cada una de las infracciones penales y administrativas que haya cometido. Lo único que hay que añadir en este punto es que, cuando esas infracciones penales y administrativas estén íntimamente relacionadas y no se puedan separar fácilmente, primero habrá de resolverse sobre la responsabilidad criminal por los Jueces y Tribunales penales y después, si procede y con las condiciones que luego se verán, sobre la responsabilidad administrativa. Por ello, cuando la Administración crea que cabe imponer penas y sanciones administrativas, deberá paralizar el procedimiento sancionador hasta que exista una resolución penal firme, ya sea ésta absolutoria o condenatoria. Sólo después de ello, podrá continuar el expediente sancionador.

c) Esa concurrencia de diversas infracciones — penales, administrativas o de ambos tipos — puede producirse de diversas formas. Lo más normal es que se trate de distintos hechos aunque estén conectados (concurso real de infracciones). Pero puede tratarse también de que un sólo hecho suponga la realización de dos infracciones (concurso ideal de infracciones). Así mismo, puede ocurrir que aunque se trate de diversos hechos constitutivos de diferentes infracciones, una de ellas sea un medio necesario para cometer la otra (concurso medial de infracciones). Para estos dos últimos casos, el CP ha establecido una regla especial que dulcifica en parte la simple acumulación aritmética de penas: en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave (art. 77). No existe una regla similar que con carácter general establezca una solución semejante en el Derecho Administrativo sancionador. Por ello, en principio, si un hecho constituye al mismo tiempo dos infracciones administrativas o una infracción administrativa y una infracción penal procede imponer las penas y sanciones correspondientes a cada una de ellas; y lo mismo si una es

medio necesario para cometer la otra. No obstante, el principio de proporcionalidad podrá llevar a una ponderación similar para evitar que la suma de todas las penas y sanciones suponga un castigo excesivo para la conducta del infractor.

d) Distinto de lo que se ha venido exponiendo sobre los hechos e infracciones concurrentes (es decir, sobre los concursos de infracciones en sus distintas modalidades) es el concurso de normas punitivas. En el caso de los hechos o infracciones concurrentes varias normas punitivas resultan aplicables en el supuesto concreto (o una misma norma punitiva resulta aplicable varias veces) porque realmente se han cometido — con uno o varios hechos — distintas infracciones. En el caso del concurso de normas punitivas sólo se ha cometido una infracción pero el supuesto de hecho es *subsumible* en dos normas sancionadoras diferentes. En todos estos casos hay una sola infracción pero varias normas punitivas. Si todas éstas se aplicaran se estaría castigando varias veces la misma infracción. Esa posibilidad es la que no admite nuestro Derecho, la que se rechaza al proclamar el principio *non bis in idem*, la que el T C ha considerado contraria a la Constitución y la que expresamente excluye ahora el art. 133 LAP antes transcrito cuando se da la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Esta triple identidad de sujeto, hecho y fundamento tiene que darse para que no proceda imponer todos los castigos. Por no haber identidad de sujeto, nada impide que, por una misma infracción, se sancione a varias personas, por ejemplo, a la persona jurídica que la ha cometido y a sus administradores y técnicos. Si no hay identidad de hecho o de fundamento estaremos normalmente ante concursos (reales o ideales) de infracciones y procederá imponer distintos castigos.

Con todo, es oportuno aclarar que la vulneración del *non bis in idem* sólo se produce si efectivamente se imponen dos castigos y no por el simple hecho de que existan por normas punitivas para un mismo tipo de hechos. Lo aclara la STS de 24 de abril de 2000 (Ar. 3817) que explica que “el principio general de derecho *non bis in idem*... prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada en dos disposiciones diferentes...” pues hay que distinguir “entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma (infracción) en distintas normas, pues cuando menos en principio ello no afecta al principio *non bis in idem*, que lo que prohíbe no

es una distinta regulación y sí una doble sanción por unos mismos hechos...”.

e) En los concursos de normas punitivas, como se ha visto, es necesario elegir la única aplicable. La solución es distinta, como expondremos a continuación, según se trate de concurso de dos normas penales, de una norma penal con una norma sancionadora administrativa, o de dos normas sancionadoras administrativas. Aunque no sea nuestro objeto de estudio, conviene recordar aquí las reglas para resolver los concursos de normas penales que establece el CP en su art. 8:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

f) Para los concursos entre distintas normas sancionadoras administrativas no hay ninguna regla general. Lo único que parece haberse consagrado consiste en dar por buena la primera sanción que se imponga. Así se desprende del art. 5.1 RPS:

El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción ... administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

Pero esta solución es insuficiente. Desde luego, si ya ha recaído una resolución administrativa sancionadora, una segunda sanción al mismo sujeto por idénticos hechos y con igual fundamento violaría el principio *non bis in idem* y sería nula. Pero antes de ello, lo lógico es elegir, entre las normas sancionadoras en concurso, aquella que deba ser de preferente aplicación, y no dejar que se aplique cualquiera de las posibles en función de lo que decida libremente un órgano administrativo o de cuál sea el que más corra al tramitar un procedimiento sancionador. A falta de reglas específicas, los criterios del art. 8 CP podrían aportar también aquí la solución más correcta y razonable.

Pero el Derecho español no ha alcanzado en este punto a formular ninguna solución segura y general.

g) En los casos de concursos de normas penales y normas sancionadoras administrativas, prevalece siempre la norma penal, de modo que, si hay identidad de sujeto, hecho y fundamento, será la única aplicable. El TC ha impuesto esta solución como la única que considera acorde con la Constitución (así lo hizo ya en sentencias de 30 de enero de 1981 y de 3 de octubre de 1983). No se ve afectada esta solución por el hecho de que la norma que tipifica la conducta como infracción administrativa recoja con más exactitud el supuesto de hecho o prevea un castigo mayor.

Naturalmente, esta preferencia de la norma penal en caso de concurso de normas tiene consecuencias en lo que se refiere a la actuación de la Administración y de los Jueces o Tribunales. En general, el Reglamento regulador del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS) ha regulado con más detenimiento esas consecuencias de la preferencia de la norma penal: según su art. 5, si ya hay condena penal y se da la triple identidad, se acordará no exigir responsabilidad administrativa; si todavía no hay condena penal, pero pudiera haberla, los dos primeros apartados del art. 7 del mismo RPS ofrecen una solución semejante:

1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

La suspensión del procedimiento sancionador ante la tramitación de proceso penal es obligada. La STS de 23 de julio de 1998 (Ar.6422) plantea la cuestión como si se tratara del *non bis in idem*, implícito en el art. 25 CE y, por tanto, susceptible de protección

como derecho fundamental: "La cuestión (...) se contrae a dilucidar si el principio *non bis in idem*, además de vedar la doble sanción penal y administrativa, supone también (...) la necesidad de que el procedimiento administrativo sancionador se paralice cuando los hechos sean objeto de un proceso penal hasta que por la autoridad judicial se resuelva lo procedente". Tras recordar la STC 77/1983, de 3 de octubre, se afirma que efectivamente "el principio *non bis in idem* exigía la paralización del procedimiento administrativo a las resultas del proceso penal" de manera que el acto presunto por el que se denegó tal suspensión "incurre en la nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992". Así, si la Administración sanciona cuando ya hay causa penal en curso, aunque todavía no se haya condenado por delito, se dice que hay vulneración del principio *non bis in idem* "en su vertiente procedimental" (entre otras, SSTS de 8 de febrero y 20 de mayo de 1999, Ar. 1518 y 4158; de 28 de noviembre de 2000, Ar. 10079).

Si finalmente hay condena penal, no cabrá continuar el procedimiento sancionador; al menos, no para sancionar la infracción administrativa en la que se dé la triple identidad, aunque sí para sancionar hechos e infracciones concurrentes con el delito, en los que no haya identidad de sujeto, hecho o fundamento. Si finalmente el Tribunal entiende que los hechos no son constitutivos de delito, deberá continuarse el procedimiento administrativo hasta, en su caso, imponer la sanción pertinente. En cualquier caso, en la resolución de dicho procedimiento sancionador se habrá de tener en cuenta lo establecido por el art. 137.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que substancien.

Si pese a todo, may condena penal y sanción administrativa, dada la preferencia penal, se considera que lo que vulnera la constitución y lo que debe ser anulado es la Resolución administrativa. En parte, se creyó ver un cambio de jurisprudencia en la STC 177/1999, de 11 de octubre de 1999. Se recurrió en amparo contra una sentencia penal que condenaba al recurrente por un delito contra la salud pública y el medio ambiente, cuando la empresa de la que éste era Consejero Delegado y Director ya había sido sancionada administrativamente por carecer de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes

y porque los realizados superaban los límites máximos previstos por la Ley de Aguas, aunque el propio Tribunal penal en ejecución de sentencia había compensado la multa impuesta con la sanción económica previamente fijada por la Administración. El Alto Tribunal parte de dos circunstancias: la primera, que el objeto del recurso de amparo se circunscribía exclusivamente a la sentencia penal, sin que ello “pueda servir para poner en cuestión la validez de la resolución administrativa sancionadora (...) que adquirió firmeza”; la segunda, la existencia de una identidad de sujetos, hechos y fundamento jurídico entre la sanción administrativa y la penal, que a su juicio se proclama en la sentencia penal y que considera que no corresponde revisar en esta sede. Por tanto, de lo que se trata es de “determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *non bis in idem*, o entendiéndolo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba”. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que “en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del poder punitivo y sancionador del Estado (...), lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental. Así las cosas, la perspectiva que en sus Sentencias condenatorias han considerado dos órganos judiciales ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *non bis in idem*, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora”. Sobre esta base argumental, la Sala concluye que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es éste núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo”. En consecuencia, declara la nulidad de la sentencia penal. Pero se trata de un supuesto excepcional que necesitaba una solución peculiar sin que pueda verse aquí un verdadero cambio en la jurisprudencia constitu-

cional que, de hecho, se ha visto confirmada, incluso en un caso similar, en la reciente STC 152/2001, de 2 de julio.

h) De la prohibición de doble castigo escapan en esencia las infracciones relativas a relaciones de sujeción especial, como ha tenido ocasión de reiterar la jurisprudencia constitucional y ordinaria. No obstante, tampoco se admite pura y simplemente que en todo caso quepa la doble sanción de los sometidos a estas relaciones especiales. Basten algunas sentencias para dar una idea de la posición de la jurisprudencia.

— Impuesta la sanción disciplinaria de separación del servicio aplicando el precepto que prevé la incoación de expediente gubernativo al militar profesional condenado en sentencia firme a pena privativa de libertad por delito doloso en virtud de disposiciones distintas del Código Penal Militar, la STS de 27 de marzo de 2000, Sala 5ª (Ar. 3512), entiende que no se vulnera el *non bis in idem*: en tal caso la sanción disciplinaria “no tiene su causa en los hechos determinantes de la sentencia, sino en la propia sentencia firme”; “de lo que se infiere que es única y exclusivamente el pronunciamiento condenatorio de la sentencia penal, con la intangibilidad que le otorga la firmeza, el hecho que genera el descrédito público que constituye la razón última de la sanción que se impone en vía administrativa”.

— STS de 12 de junio de 1998, Sala 3ª (Ar. 5554): un funcionario fue condenado por dos delitos de cohecho a multa y suspensión de todo cargo público durante sólo seis meses; después la Administración le impuso sanción disciplinaria de separación de servicio por la falta muy grave de comisión de “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. Tras recordar sobre todo la STC 234/1991, afirma que en este caso “tanto el delito castigado (delito de cohecho) como la infracción administrativa (que se remite a cualquier conducta constitutiva de delito doloso) vulneran el mismo interés jurídicamente protegido — el correcto funcionamiento de la Administración — por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal”. Es un delito incluido entre los “cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” lo que pone de relieve que “el bien jurídico protegido es el mismo en ambos casos (pena y sanción disciplinaria) lo que comporta (...) la aplicación al supuesto del principio *non bis in idem*”. La misma sentencia se encarga de explicar, con cita de otras sentencias, que la solución sería distinta si se tratara de delitos que no tuvieran en cuenta la condición funcional del autor, como los delitos contra la salud pública o los de robo.

VII. GARANTÍAS FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En esta ya excesivamente larga ponencia, que podría ser considerada en sí misma como una sanción para los oyentes, no puedo dejar de hacer alguna referencia a las garantías formales. La Constitución española ofrecía y ofrece una base relativamente fácil para justificar esa comunidad de principios de Derecho Penal y Administrativo sancionador en lo que a los aspectos sustantivos o materiales se refiere puesto que su artículo 25 expresamente se refiere y trata igual a los delitos y a las infracciones administrativas, a las penas y a las sanciones administrativas, cuando consagra la reserva de Ley, la irretroactividad y la tipicidad o, incluso, cuando consagra implícitamente, como ha entendido el TC, la exigencia de culpabilidad o la prohibición de doble castigo. Pero en lo que se refiere a las garantías formales del procedimiento administrativo sancionador, la Constitución es menos explícita. Su capital artículo 24 contiene en su apartado 2 las más importantes garantías del proceso penal y algunas de todos los procesos, pero sin permitir fácilmente su aplicación más allá de ese estricto ámbito judicial: "... todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia". Las referencias al "Juez" y al "proceso" son suficientes para comprender que el precepto no está pensando en la "Administración" ni en los "procedimientos administrativos" a los que, en efecto, como ha declarado la jurisprudencia constitucional y ordinaria, no son extensibles en general estas garantías formales. Pero precisamente en relación con los procedimientos administrativos sancionadores, esto es, con los que ha de seguir la Administración antes de imponer cualquier sanción, el TC, con una interpretación finalista, buscando el verdadero sentido del precepto más allá de su redacción, ha impuesto una cierta aplicación de algunas de las garantías del artículo 24.2 CE. Con todo, lo ha hecho incluso con mayores cautelas y matizaciones que respecto al artículo 25 del mismo texto constitucional. Sus declaraciones al respecto son más prudentes y tímidas, pero, aun así, no menos relevantes. Y aunque en este punto cuenta con los precedentes y el apoyo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido en general más lejos que éste y que otros Tribunales Constitucionales.

En su sentencia 18/1981, de 8 de junio, aparece configurada esta jurisprudencia. en todos sus rasgos esenciales:

Delimitada así la cuestión, la solución que se dé a la misma dependerá de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia. sancionadora, los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución... Es necesario determinar su ámbito teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un *sistema de valores* cuya observancia requiere una *interpretación finalista* de la Norma Fundamental. Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad)... Las consideraciones expuestas en relación con el ordenamiento punitivo y la *interpretación finalista de la Norma Fundamental* nos llevan a la idea de que *los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución*. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino *con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional*".

Ni se afirma que todos los derechos del artículo 24.2 CE sean aplicables al procedimiento administrativo sancionador ni tampoco que los que sí sean aplicables lo hayan de ser en los mismos términos que en el proceso penal. Esto sólo procederá en la *"medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica"*. Así, el TC abre la puerta, más que a la aplicación del artículo 24 CE fuera de su ámbito, a una construcción constitucional de las garantías formales del procedimiento administrativo sancionador inspirada en el artículo 24 CE. Y el mismo TC y en parte el legislador ordinario han hecho esa construcción que, aunque todavía ofrece algunos puntos oscuros y un alcance a veces incierto, ha supuesto una transformación profunda del procedimiento sancionador y su progresivo distanciamiento del resto de procedimientos administrativos en tanto que en aquél, y no normalmente en los demás, están implicados derechos fundamentales de la persona. Sería engorroso intentar aquí describir ese proceso de construcción de las garantías formales del procedimiento sancionador, de las que se

consideran constitucionalizadas -y, por ende, protegidas por el recurso de amparo y los demás medios de defensa de los derechos fundamentales, exactamente igual que las explícitamente consagradas para el proceso penal en el artículo 24 CE- y de las que el legislador ha añadido por su cuenta. Es un proceso, además, inacabado, siempre necesitado de adaptaciones y reajustes y desde luego, todavía pendiente de una construcción teórica que lo explique en su conjunto. Pero el mismo TC nos permite al menos ofrecer una síntesis de los principales pasos que se han dado en esa construcción, tal y como lo hizo en sus sentencias 89/1995, de 6 de Junio, y 45/1997, de 11 de marzo:

Es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) la de que los principales principios y garantías constitucionales del ... proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables *el derecho de defensa* (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales *a ser informado de la acusación* (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989) y *a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa* (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el *derecho a la presunción de inocencia* (STC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990); ... incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa -tales como, por ejemplo, el derecho al "juez imparcial" (SSTC 22/1990 y 76/1990) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1994)-, también han sido adoptadas en alguna medida por la legislación ordinaria, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal".

Aun así, el mismo TC insiste en estas sentencias y en otras en que "se trata ... de la aplicación de los principios constitucionales inspiradores de las leyes procesales, pero no de las normas de éstas. No poseen la misma estructura, ni se hallan configurados del mismo modo, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Los principios del primero han de proyectarse de manera adecuada sobre el segundo. Es una traslación con matices". Encontrar esa "manera adecuada", fijar exactamente esos matices que adapten las garantías a las peculiaridades del procedimiento administrativo sin perder su sentido y su virtualidad ni los valores esenciales que laten en ellas es la tarea en la que habrá que seguir insistiendo. Pero la orientación está definitivamente marcada.

Igualmente, me atrevo decir para terminar, que en los matices en el grado y la forma de penetración de las garantías formales, como en las materiales, nuestros Derechos sancionadores se puede diferenciar. Pero en la esencia han de responder a los mismos valores y a los mismos principios porque lo que está en juego son los derechos fundamentales de la persona.