

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

*Reg*

TOMO  
XXXVI  
FASCÍCULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXXIII

## Hacia una Ley de contravenciones. El modelo portugués (\*)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

BLANCA MENDOZA BUERGO

SUMARIO: I, Derecho penal y Derecho administrativo sancionador—II, La amplitud del poder sancionador de la Administración, Crítica y límites—III, Límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración.—IV, Necesidad de regular los poderes de la Administración. La utilidad del modelo portugués.

### I. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SAN- CIONADOR

Junto a las sanciones previstas en el Derecho penal, hay otras que la Administración Pública utiliza en el desenvolvimiento de su potestad sancionadora, especialmente en su faceta de potestad «correctiva» o «gubernativa», sanciones que suscitan nuestro interés por su proximidad e incluso a veces identidad con determinadas penas establecidas en el Código penal. En ambos casos —y seguimos con ello la opinión mantenida por Rodríguez Mourullo (1)— se trata de penas en sentido material, ya que suponen privación o restricción de bienes y son impuestas como reacción por el hecho cometido. Algunas no se diferencian entre sí ni en denominación, ni en contenido, como ocurre con la multa penal y la multa administrativa (2).

La doctrina ve, cuando menos, problemática la distinción en un plano material, entre las penas «criminales» y las demás sanciones del Derecho administrativo sancionador y así, autorizados penalistas (3) y

(\*) Trabajo escrito para el libro homenaje al profesor Pina y Palacios (UNAM, México).

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid 1974, p. 4.

(2) Argumentos a favor de esta postura se han encontrado tanto en el artículo 26 como en el artículo 603 del Código penal. En este sentido: CASABÓ Rurz, J. R.: *Comentarios al artículo 26 del C P.*; en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona 1972, tomo II, pp. 70-71; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1977, p. 28; del mismo autor: *Presente y...*, cit., pp. 11 y ss.

(3) CEREZO MIR, J., *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, A, D, P, 1975, p. 160; en el mismo sentido, en su obra *Curso de De-*

administrad vistas (4) concluyen que *penas criminales y sanciones administrativas* sólo se diferencian desde un plano puramente *formal*.

Entre otros autores, en cambio, se ha extendido la opinión de que cabe una diferenciación *cuantitativa*, en el sentido de que las penas que impone la Administración son de menor gravedad que las previstas en el Derecho penal y que imponen los tribunales. Siendo esto cierto en vía de principio, no lo es menos el hecho de que, muy frecuentemente, la Administración impone penas más graves cuantitativamente que las reservadas a los tribunales de lo penal. En efecto, como han señalado algunos autores (5), aunque el artículo 603 del Código penal intentaba poner un tope a la facultad de la Administración de establecer sanciones correctivas y que sólo por vía de excepción, a través de leyes especiales, permite la imposición de sanciones superiores a las que se establecen en el Libro III del Código penal para las faltas, lo cierto es que hoy las sanciones (especialmente las pecuniarias) impuestas por la Administración son, frecuentemente, mayores que las impuestas a las faltas penales, pasando la excepción a ser regla general. Por tanto, es nuestra opinión, a pesar de las voces discrepantes en este sentido (6), que no se puede establecer —de «lege data»— una barrera cuantitativa de distinción entre sanciones administrativas y penales (7),

Se rechaza también mayoritariamente, la posibilidad de hallar un criterio *cualitativo* de distinción entre *sanción* penal y *sanción* administrativa (8), a pesar de los esfuerzos doctrinales para proceder a tal distinción.

Trasladando ahora nuestra atención del efecto jurídico (pena y sanción administrativa) a la *infracción*, se trata de saber si la ley, al atribuir determinado poder sancionador a la Administración Pública, lo

*recho penal español*, 2ª edición, Madrid 1981, pp. 45-5-8; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 10, julio-septiembre 1976; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1966, T. II, p. 173.

(5) En el campo penal, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 167-168. En el terreno administrativo, MARTÍN RETORTILLO, L., *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en «Problemas actuales del Derecho penal y procesal», Salamanca 1971, pp. 13-14.

(6) Entre otros, CEREZO MIR, L., *Curso...*, cit., p. 56; COSO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, Parte General*, Univ. de Valencia 1980, tomo I, p. 54.

(7) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, Madrid 1978, p. 92; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(8) Recientemente se ha vuelto a destacar la inexistencia de tal distinción. Vid., al respecto, las Ponencias de la Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá 1982, de: MUÑOZ POPE, C. E., *La inflación del Derecho penal y administrativo*; de LA BARREDA SOLÓRZANO, L., *Evolución penal e inflación punitiva*. Sin embargo, también hay autores, especialmente en Alemania, que siguen insistiendo en la diferencia cualitativa y cuantitativa entre ambos ilícitos; así: LANCE, R., *Beteiligter und Teilnehmer*, en Maurach Festschrift, 1972, pp. 235-243; MAURACH-Zipp, *Strajrecht, Attgemeiner Teil*, 6ª ed., Heidelberg 1983, pp. 16-19,

hace en función del carácter propiamente *administrativo* de la infracción.

Por ello, la doctrina se ha preocupado —desde que se planteó el problema del rápido crecimiento de la actividad administrativa, en toda su dimensión, después del advenimiento del Estado liberal— en buscar una diferenciación entre el *ilícito penal* y el *ilícito administrativo*. Así, el hallazgo de un criterio de distinción sustancial ha sido preocupación constante desde Feuerbach y Goldschmidt hasta hoy, preferentemente en las literaturas alemana e italiana. No podemos hacer aquí una exposición de las teorías desarrolladas por los distintos autores (9), simplemente ponemos de manifiesto que pese a que se han aportado algunos criterios pretendidamente cualitativos para efectuar la mencionada distinción, ninguno de ellos parece convincente (10).

Frente a lo que desde estas perspectivas se pretende, la razón por la que se recurre en unos casos a sanciones penales y en otros a sanciones administrativas no puede encontrarse, a nuestro juicio, en la naturaleza misma de la infracción. Lo contrario equivaldría a afirmar que hay hechos que son susceptibles de ser calificados, desde un<sup>1</sup> punto de vista ontológico, como ilícitos penales y otros como ilícitos administrativos (11). Sin embargo, tal distinción sustancial no puede realizarse. El constante cambio de calificación efectuado cuando se penalizan lo que antes constituían infracciones administrativas o cuando se despenalizan conductas previstas hasta entonces en el Código penal, viene a confirmar lo que decimos (12). Y este cambio, como ha señalado acertadamente Rodríguez Mourullo, «no entraña un cambio sustancial del contenido de injusto de los hechos» (13); desde un punto de vista cualitativo, el contenido de ilicitud de los hechos sigue siendo igual (14). La pertenencia a una u otra rama del ordenamiento jurídico no responde, pues, a su contenido sustancial de ilicitud, ni a un cambio de éste, sino a la índole de la sanción que el ordenamiento jurídico anuda a cada uno de los hechos, penal en un caso y administrativo en otro. En definitiva, y como no existe tampoco una diferencia material

(9) Para una exposición sobre dichas posturas, vid.: MATTES, H., *Problemas del Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, traducción castellana y notas por J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, Edersa 1979; del mismo autor: *Untersütcbungen zur Lebre van den Ordnungswidrigkeiten*, T. II, Berlín 1982; CASABÓ Rurz, J, R, *Comentario al art. 26 del C. P.*, cit., pp. 78 y ss.; CEREZO MIR, J., *Límite...*, cit., especialmente pp. 163 y ss.; del mismo autor, *Curso...*, cit., pp. 43 y ss.

(10) Así, opinan también, entre otros, CEREZO MIR, J., *Límites...*, cit, p, 163; SERRANO ALBERGA, J, M., *Comentario al art, 25,1 de la Constitución española de 1978*; en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1981, Vid, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pp, 89 y ss.

(1.1) Así lo ha puesto de relieve RODRÍGUEZ MOÚRUILO, G., *Presente y futuro...*, cit., p. 20.

(12) En el mismo sentido la opinión de MERKL, A., *Teoría General del Derecho administrativo*, México 1980, pp. 348 y ss,

(13) RODRÍGUEZ MOURULIO, G., *Presente y futuro...*, cit., p, 21.

(14) Vid. RODRÍGUEZ MOURUÍLO, G., *Ob. últ. cit.*, pp. 20 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal*, cit., pp, 33-34.

entre las respectivas sanciones, la única distinción posible es puramente formal y ya referida a los órganos y las atribuciones en virtud de los

cuales se aplican las sanciones (15). Así será ilícito administrativo el castigado con sanción administrativa por los órganos administrativos y en virtud de su facultad gubernativa (o, en su caso, disciplinaria); por

el contrario, será ilícito penal, si está castigado con una pena y ésta se aplica por los tribunales de justicia en virtud del «ius puniendi» estatal (16).

El reconocimiento de que no cabe otra distinción que la formal (17) supone ya una contestación a la cuestión de si la atribución de determinado poder sancionador a la Administración se hace en función del carácter propiamente administrativo de la infracción (18). La contestación, a nuestro entender, ha de ser negativa, ya que hemos concluido que el carácter administrativo del ilícito depende en última instancia del órgano que impone la sanción, cuestión que decide previamente la ley. Así, en nuestra opinión, el poder sancionador que la ley otorga a la Administración Pública no tiene una justificación sustancial, ni aparece, desde luego, explicado por el carácter administrativo de la infracción castigada. A éstas tesis de que no existe criterio, ni cualitativo ni cuantitativo, que permita distinguir la infracción administrativa de la penal, se oponen Cobo y Vives (19), por considerarla una indeterminación que supondría renunciar a dotar de significado a la división de poderes, ya que la ley podría atribuir el poder sancionador libremente al Ejecutivo o al Judicial. En este sentido, entienden Cobo y Vives que el artículo 603 del Código penal representa «una concreción material de la división de poderes establecida en la Constitución», por lo que las excepciones, al límite del artículo 603 deberían considerarse inconstitucionales. Sin embargo, esta tesis de Cobo y Vives, que defiende la existencia de una diferencia cuantitativa entre ambos ilícitos y sus respectivas sanciones, choca abiertamente con la vida práctica del

(15) Vid, en este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 399; GARRIDO FALLA, D., *Tratado...*, cit., p. 173; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(16) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pp. 92-93. Ello no quiere decir, por supuesto, que los Tribunales de Justicia no impongan también, en algunos casos, sanciones administrativas.

(17) Tampoco en el terreno del ilícito se puede efectuar la distinción por un criterio «cuantitativo». Tal diferencia consistiría en que el ilícito penal lo integrarían los hechos antijurídicos más graves e intolerables para la vida social, mientras que el ilícito administrativo quedaría relegado para los hechos antijurídicos de menor entidad (las bagatelas, los asuntos baladíes). Sin embargo, una distinción de este carácter no encuentra confirmación en nuestro Derecho positivo y basta saber, a estos efectos, que algunas leyes facultan a la Administración para castigar la misma conducta que sancionan los Tribunales de Justicia. Nuestro Derecho, por tanto, no ha tomado en cuenta distinción alguna ni en la gravedad de la conducta ni en la de la sanción, y tal criterio de diferenciación no tiene más valor que el meramente indicativo de «lege ferenda».

(18) Sobre intentos jurisprudenciales y doctrinales de justificación del sistema, vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1981, T. II, pp. 154 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 405.

(19) Cono DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal*, cit., p. 54.

derecho, en la que se superan continuamente (legal y judicialmente) dichos límites; por ello no creemos que pueda sostenerse tal criterio de «lege data», sin que ello quiera decir que no sea conveniente defenderlo de «lege ferenda», como ha quedado apuntado en otro lugar de este trabajo.

## II. LA AMPLITUD DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN, CRÍTICA Y LÍMITES

1.—Las razones que explican que la Administración se hiciera con tan fuertes resortes sancionadores son, como ya han señalado algunos autores (20), una de carácter político —la conveniencia para las autoridades administrativas de disponer de un poder sancionador propio en el plano político—, y otra afincada en la inadecuación del sistema procesal común, por su rigidez e ineficacia para proceder contra las infracciones que directamente afectan a la Administración.

La adición de las dos razones expuestas ha llevado a nuestro sistema, como dice García de Enterría (21), a una «potenciación de las facultades administrativas represivas sin paralelo posible en ningún otro país de nuestra área cultural». También Cerezo (22) ha destacado que resulta inadmisibles desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho, la hipertrofia actual de la potestad sancionadora de la Administración en España.

En nuestra opinión, también ha contribuido a este desarrollo desmesurado el hecho de que el legislador aumentara cada día más la capacidad punitiva de la Administración por la creciente actividad de los órganos de la Administración, obligados en un Estado de «bienestar social» a velar por los más variados intereses. Y tal aumento ha producido una «quiebra» del tradicional principio de la división de poderes, ya que se ha realizado en desmedro de las atribuciones de los órganos jurisdiccionales.

La tendencia al acaparamiento de poder por parte de la Administración ha estado y está reconocida en gran medida por la legislación y aceptada en muchas ocasiones por la jurisprudencia. Sin embargo, la crítica de la ciencia penal a esta situación tomó cuerpo hace ya tiempo y más recientemente la doctrina administrativa ha adoptado un severo tono crítico, emitiendo juicios muy duros al respecto<sup>1</sup>, como los vertidos en los importantes trabajos de Parada y García de Enterría, ya citados. Así, este último autor ha dicho que «...El capítulo de la actividad sancionatoria de la Administración es de los más imperfectos de nuestro actual Derecho público» y «...contraría abiertamente postulados ele-

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 405; PARADA VÁZQUEZ, J. R. *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «Revista de la Administración Pública», núm. 67, enero-abril 1972, pp. 41 y ss. y 83 y ss.

(21) *El problema...*, cit., p. 405. En el mismo sentido se ha pronunciado PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder...*, cit., pp. 41 y ss.

(22) CERESO MIR, J., *Límites...*, cit., p. 167.

mentales del Estado de Derecho» (23). En efecto, el poder sancionado de la Administración en nuestro país se encuentra en franca colisión con principios jurídicos básicos de nuestro Ordenamiento.

Sin ningún ánimo de exhaustividad (24), sino simplemente de ejemplificación, podríamos comenzar por las violaciones al principio «non bis in ídem». Del párrafo 2.º del artículo 603 del Código penal se deduce con toda claridad que las leyes no pueden encomendar el castigo de los delitos previstos en el Libro II del Código penal a la Administración (25); en cambio, en materia de faltas, el citado párrafo no parece tan claro. Sin embargo, el hecho de que en este artículo se diga que las disposiciones del Libro III del Código penal no excluyen ni limitan las atribuciones que las leyes otorguen a la Administración para corregir gubernativamente las faltas, no significa que estas últimas puedan castigarse de forma acumulativa. En este sentido, Garrido Falla ha puesto de relieve que el párrafo 2.º del artículo 603 del Código penal se limita a declarar competentes tanto a la jurisdicción penal como a los órganos administrativos. Lo cual implica que la atribución de competencias a una de las jurisdicciones no excluye, en efecto, la competencia de la otra; pero «hay que entender que la aplicación de la sanción de una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra»; en definitiva, «el que la competencia se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal, o incluso el hecho menos disculpable de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano» (26).

Sin embargo, la realidad es que la potestad sancionadora de la Administración actúa con independencia de la jurisdicción penal común, de modo que una y otra pueden proceder sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de una sobre la otra (27).

Se puede sostener, a nuestro juicio, la inconstitucionalidad de la doble sanción —a pesar de no estar el principio «non bis in ídem» expresamente reconocido en nuestra Constitución— en la medida en que la Constitución concibe un modelo de Estado que parte del postulado de la división de poderes, que es incompatible con la ausencia de límites del poder sancionador del Ejecutivo. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha concedido categoría constitucional al principio «non bis in ídem» al considerar que «...va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las in-

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 430.

(24) Para una exposición más detallada sobre este problema, vid. PARADA VÁZQUEZ, J.L., R., *El poder...*, cit., pp. 41 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., pp. 409 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pp. 93 y ss.

(25) A la misma conclusión llega GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 416.

(26) GARRIDO FALLA, F., *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en «Revista de la Administración Pública», 28, 1959, pp. 40-41

(27) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder...*, cit., p. 67,

fracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (28).

Aparte de la labor que en esta dirección hace la jurisprudencia, aparecen otros signos alentadores de reconocimiento expreso del mencionado principio. Así, en proyectos de ley posteriores a la Constitución se puede apreciar esta evolución (29).

De otra parte, en el Derecho administrativo sancionador, han tenido cabida técnicas y prácticas tales como la punición de infracciones no tipificadas legalmente, supuestos de responsabilidad objetiva, procedimientos sancionatorios no contradictorios ni públicos, presunción de legitimidad del acto administrativo que se impugna, pruebas por presunciones y carga de la prueba de su inocencia al inculpado, la posibilidad de la «reformado in pejus» y la existencia de recursos condicionados al previo cumplimiento de la sanción («solve et repete»), etcétera. Habida cuenta, además, de que la acción carece de caducidad para la Administración y de la falta de una regulación expresa sobre la prescripción de las infracciones y sanciones, el cuadro final resulta desalentador e incierto para el presunto infractor. En suma, la ausencia de una regulación legal en Derecho administrativo sancionador de esas materias generales y la no aplicación en la mayoría de los casos de los principios generales que rigen en materia penal, permite decir, como muy certeramente ha puesto de relieve García de Enterría (30), que el Derecho administrativo sancionador «es un derecho represivo pre-beccariano».

2. El hecho de que el Derecho administrativo sancionador establezca «penas», sustancialmente idénticas, en algunos casos, a las establecidas en Derecho penal y la ausencia de unos principios garantizadores al menos similares, hace necesaria y justifica la vigencia y aplicación en el primer sector jurídico aludido de ciertos principios básicos, formulados originariamente en el segundo. La aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, debe ser defendida, en nuestra opinión, sin reservas. No debe olvidarse, además, como ha destacado Rodríguez Mourullo, que muchos de los principios que se estiman —con frecuencia erróneamente— como principios específicos del Derecho penal, por lo imprescindible de su vi-

(28) *Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (Sala 1.<sup>a</sup>) B. J. C- núm, 2, junio 1981.* Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, «Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 29.

(29) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 añade un último párrafo al artículo 688 (correspondiente al actual 603 del vigente C. P.), en el que se establece 3ª vigencia de dicho principio. Asimismo, la nueva propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en su artículo 610 (correspondiente también al actual 603) hace lo propio. Por su parte, el Proyecto de Reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo (punto 66 art. 133, 2.º) intenta incorporar también el mencionado principio, pero establece explícitamente la posibilidad de que "una ley autorice la duplicidad de sanciones.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 409. Igualmente, en su obra *Curso...*, cit., p. 161.



gencia en este sector del ordenamiento, «son en realidad postulados inherentes al Estado de Derecho, que deben regir también en ramas distintas a la penal» (31).

La jurisprudencia" ha señalado, por su parte, que la falta de uña «parte general» en la regulación de las infracciones y sanciones administrativas, no ha de suponer la posibilidad para la Administración de aplicar de forma arbitraria sus facultades sancionadoras y que tal laguna ha de integrarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho penal común (32). Más recientemente, otras sentencias del Tribunal Supremo han seguido en esta línea de entender que la potestad sancionadora en general debe estar «sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias... por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo el Derecho sancionador...» (St. Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 18 de febrero 1981) y que, «careciéndose en el ámbito jurídico administrativo sancionador de una completa y coherente doctrina general, han de ser en él atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho punitivo... (y) actuándose así la potestad administrativa... no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio legalidad, que es decir los de tipicidad, antijuricidad e imputabilidad dolosa o culpable (sic.) quede marginada toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva» (St. Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 30 mayo 1981). En otros casos se han aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo determinados principios o institutos, como el de prescripción de las infracciones, a la materia punitiva asignada a la Administración Pública y ello en virtud de la «...común sujeción y adscripción teleológica de ambos órdenes represivos (Derecho administrativo sancionador y Derecho penal) a idénticos principios ahormantes de la actividad pública punitiva con respecto a fundamentales garantías del ciudadano» (St. Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 10 julio 1981) (33). Y tal común aplicación de determinados principios al Derecho administrativo y sancionador y al Derecho penal ha sido extendida a los principios y garantías constitucionales en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 1982 (Sala 4.<sup>a</sup>) al decir que «ambos sectores de típica represión punitiva de la antijuricidad responden a los mismos principios y garantías constitucionales contra el libre arbitrio o arbitrariedad en el ejercicio de facultades inherentes a la potestad estatal de castigar...» y ello a pesar de poner de relieve que «resulta evidente que ningún precepto define al Código penal como común y supletorio régimen jurídico del Derecho administrativo sancionador...».

El Tribunal Constitucional también ha venido a confirmar esta línea, aunque tal vez con menos rotundidad que la mostrada en ocasio-

(31) RODRÍGUEZ MOUULLIO, G-, *Presente y futuro...*, cit., p. 14.

(32) Para una exposición más detallada de esta línea jurisprudencial, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 410. En el mismo sentido, en su obra *Curso...*, cit., pp. 162 y ss.

(33) En el mismo sentido, vid. *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.º)* de 13 de octubre de 1981.

nes por el Tribunal Supremo, al decir que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambas son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado...» (St. del T. C. de 8 junio 1981) (34). No cabe duda, a nuestro entender, que principios como el de legalidad, el principio de culpabilidad y el de jurisdiccionalidad —por sólo citar los más elementales— deben regir sin excepción en materia de infracciones y sanciones administrativas (35).

### III. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. En el terreno de los principios garantizadores y limitadores de la potestad sancionadora de la Administración, se puede decir que la situación anterior ha variado con la entrada en vigor en nuestro país de la Constitución de 1978, que si por algo se caracteriza es por seguir una línea protectora de las libertades y derechos individuales, pudiéndose hablar así va de unos límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración. En definitiva —como dicen Cobo y Boix (36)— «con la Constitución aparece una nueva concepción política y jurídica del Estado que vincula desde luego a la articulación que se haga de las facultades sancionadoras del Ejecutivo».

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la Constitución prevé la existencia de sanciones administrativas y, por tanto, parece reconocer en la Administración una potestad sancionadora propia y dirigida a la generalidad de los ciudadanos. Así se hace, aunque de manera indirecta, en el artículo 25 al decir en su apartado 1.º: «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». Y también en el apartado 3.º del mismo artículo al prohibir expresamente que la Administración civil pueda imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

(34) *Sentencia del "Tribunal Constitucional" de 8 de junio de 1981 (Sala L)* B. J. C., núm. 3, julio 1981. Sobre esta sentencia puede verse un interesante comentario de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La incidencia de la Constitución...*, cit., así como de PRIETO SANCHÍS, L., *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, Separata de «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 4, enero-abril 1982.

(35) Una explicación más amplia sobre la aplicación de estos principios al Derecho administrativo sancionador puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., pp. 411 y ss.; el mismo y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 161 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro...*, cit., pp. 14 y ss. (hay que tener en cuenta que estas obras fueron escritas antes de la elaboración de la Constitución de 1978). En el mismo sentido, y ya teniendo en cuenta nuestra Constitución, PRIETO SANCHÍS, L., *La Jurisprudencia constitucional...*, cit., pá ginas 110 y ss.

(36) COBO DEL ROSAL, M. y Boix REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en V.V.A.A. *Comentarios a la legislación penal*, T.I (Derecho Penal y Constitución), Madrid 1982, p. 192.

También en el artículo 45, al hablar de la protección del medio ambiente, se prevé la posibilidad de castigar este tipo de infracciones con sanciones administrativas.

2. Merece comentario aparte el párrafo 1.º del artículo 2.5 de la Constitución antes transcrito, en el que la doctrina ha querido encontrar recogido el principio de legalidad, referido tanto a los delitos y faltas penales como a las infracciones administrativas. Lo cierto es que este principio (37) no se halla formulado en este precepto de un modo completo (38), no al menos, en su sentido de reserva de ley (entendida en sentido estricto) y que lo que en realidad establece dicho artículo es el principio de irretroactividad en materia sancionadora. Este precepto remite la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas a la «legislación vigente», término ambiguo que desde luego no parece que quepa entender como ley en sentido estricto (38 bis).

Sin embargo, pese a que en el artículo 25,1 de la Constitución no se haya establecido de manera clara una reserva de ley en materia penal, creemos que en otros artículos de la Constitución hay base suficiente para sostener que tal materia, en nuestro Derecho, está sometida a una reserva de ley en sentido formal. La base, como luego veremos, nos la proporcionan los artículos 53,1 y 81,1 de la Constitución, preceptos cuya interpretación ha dado lugar a diversas posturas dentro de la doctrina española, en torno a la existencia o no en Derecho penal de una reserva de ley orgánica (39) y a la admisibilidad o no de leyes ordinarias y decretos legislativos para regular materia penal (40).

El artículo 53,1 de la Constitución establece que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º del Título I sólo podrá regularse por ley, que en todo caso deberá respetar el *contenido esencial* de aquéllos. Por su parte, el artículo 81,1 de la Constitución prevé una reserva de ley orgánica y entre tal clase de ley incluye las

(37) Para una exposición pormenorizada sobre el principio de legalidad y las garantías que lo concretan, vid. CEREZO, J., *Curso...*, cit., pp. 190 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., pp. 63 y ss>, y pp. 72 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Principio de legalidad*, en N. E. J. XIV, 1971, pp. 882 y ss.; el mismo, *Derecho Penal*, cit., pp. 58 y ss.

(38) Así lo han hecho notar COBO DEL ROSAL, M. y Boix REIG, J., en *Garantías constitucionales...*, cit., p. 192 y p. 195. Asimismo, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., p. 72.

(38 bis) Cuando este trabajo estaba en prensa, el Tribunal Constitucional dictó una interesante Sentencia (23 febrero 1984), cuyas consideraciones no han podido tenerse en cuenta en el texto.

(39) Sobre el origen y significado de las leyes orgánicas y materias reservadas a tal categoría de ley, vid. PREDIERI, A., *El sistema de las fuentes del Derecho*, en V.V.A.A., *La Constitución española de 1978*, Madrid 1981, pp. 211 y ss.

(40) Cfr. las posturas de CASABÓ Ruiz, J. R., *La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal*, en V.V.A.A., *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pp. 287 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit. pp. 180 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., pp. 75 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y Boix REIG, J., *Garantías constitucionales...*, cit., p. 197; PREDIERI, A., *El sistema...*, cit., pp. 213 y 214; SERRANO ALBERGA, J. M., *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución española de 1978*, en GARRIDO FALLA, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pp. 318 y ss.

relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El establecimiento de delitos y faltas y de las correspondientes sanciones supone, en nuestra opinión, una delimitación del ámbito de lo lícito, de la libertad y en esta medida afecta al ejercicio de los derechos y a su contenido esencial. Por ello entendemos que la previsión de delitos y penas debe ser realizada a través de una ley en sentido estricto, ley que habrá de ser orgánica en 3ª medida en que afecte a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Se ha aducido, que la reserva de ley establecida en el artículo 53,1 afecta a las disposiciones relativas al «ejercicio» de los derechos y que, por otro lado, las leyes orgánicas son las relativas al «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas, mientras que el establecimiento de delitos y penas no es ni lo uno ni lo otro. Estimamos que esto último no es sostenible; no cabe entender que sólo estén sometidas a reserva estricta de ley las disposiciones que regulen el ejercicio «positivo» de los derechos y que, en cambio, las normas restrictivas y limitativas de los derechos y libertades, no estén sometidas a tal garantía.

En nuestra opinión, las disposiciones punitivas suponen una limitación que afecta al ejercicio de los derechos y además es incuestionable que la mayoría de las penas afectan al «contenido esencial» de aquellos. Por otro lado, toda regulación en «desarrollo» de los derechos supone, en definitiva, una limitación de éstos y no existe en Derecho una limitación más radical y drástica de los derechos de la persona que la pena (41).

En el terreno específico del Derecho administrativo sancionador, se podría llegar a una conclusión similar, en el sentido de considerar que en materia sancionadora de la Administración existe una reserva de ley, ordinaria al menos. En este sentido se han pronunciado, entre otros, García de Enterría y Fernández, quienes opinan que al estar el principio de legalidad en el artículo 25,1, conjuntamente con el de los delitos y faltas penales, el alcance del principio en materia sancionadora administrativa es idéntico al alcance propio en materia penal; esta equiparación supone que la tipificación de las conductas sancionables «tenga que ser hecha por ley formal y que no alcancen a producir ese efecto los simples reglamentos» (42). Consideran estos autores, por tanto, que esta materia está sometida a la reserva de ley del artículo 53,1 de la Constitución y que, además, esta conclusión sería fundamental para limitar la amplísima potestad sancionadora administrativa

(41) Vid. en este sentido, COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal*, cit., pp. 76 y ss.; PREDIERI, A.: *El sistema...*, cit., p. 213.

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., p. 164. Vid. también, CASABO RUIZ, J. R.: *La capacidad sancionadora*, cit., pp. 288 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 197 y ss., en el sentido que se expone más abajo; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., pp. 164 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L.: *La jurisprudencia constitucional...*, cit., p. 108; SERRANO ALBERGA, J. M.: *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución*, cit., p. 322.

hasta ahora existente, construida en su mayor parte por meras normas reglamentarias.

Por su parte, Cobo y Boix opinan que la traslación del principio de legalidad al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración exige una reserva de ley ordinaria en esta materia según lo dispuesto en el artículo 53,1, pero llegan aún más lejos, al decir que tal reserva será de ley orgánica cuando afecte a derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, tal como dispone el artículo 81,1 (43). Esto supone la imposibilidad de delegación legislativa en materia reservada a ley orgánica, en virtud de lo establecido en el artículo 82,1 de la Constitución (44); solamente en materia regulable a través de ley ordinaria (aquella que no afecte a derechos y libertades de la Sección 1.ª del Título I) cabría la posibilidad de utilizar Decretos-legislativos, pero no Decretos-leyes (45) y menos aún Reglamentos (46).

Se acepte o no la tesis de la reserva de ley en materia sancionadora de la Administración (lo cual en nuestra opinión sería adecuado, sin llegar a exigir ley orgánica, y no supone necesariamente negar la posibilidad de regulación a través de Reglamentos en aquella materia que no afecte de un modo esencial a los derechos y libertades del Capítulo 2.º del Título I de la Constitución), lo que parece claro es que existe una incompatibilidad entre la regulación constitucional en el tema de fuentes y lo dispuesto en el artículo 603 del Código penal (47). En efecto, dicho artículo permite establecer penas iguales a las previstas en el Libro III del Código penal para las faltas, en disposiciones administrativas de rango inferior al de ley, penas que, entre otras, pueden ser privativas de libertad (arresto menor) o pecuniarias como la multa.

La posibilidad de que la Administración imponga penas privativas de libertad está vetada expresamente por el artículo 25,3. Aun en el caso que se interpretara este precepto constitucional en el sentido de que lo que impide a la Administración es «imponer» tales penas, pero

(43) COBO DEL ROSAL, M. y Boix REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 198.

(44) Vid. en este sentido, CASABO Ruiz, J. R.: *La capacidad...*, cit., pp. 288 y 289; SERRANO ALBERGA, J. M.: *Comentarios al artículo 25,1 de la Constitución*,

(45) Así, SERRANO ALBERGA, J. M.: *lug. ult. cit.*

(46) Sobre este punto es interesante la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.º)* del 21 de octubre de 1981, que anula una sanción por previa anulación de la norma de cobertura, un Decreto sin rango de ley y por ser la materia en él regulada de las sometidas a ley formal «por representar una específica y grave limitación al principio de libertad de comercio... declarándose por ello que tales preceptos por su carácter reglamentario contradecían el principio de legalidad y el de jerarquía normativa proclamados y garantizados ambos en el texto constitucional...».

(47) Así lo ha señalado CASABO Ruiz, J. R.: en *La capacidad...*, cit., pp. 288 y 290. También hablan de su —parcial— inconstitucionalidad, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal*, cit., p. 54 (en nota a pie de página). Asimismo, SERRANO ALBERGA, J. M. (*Comentarios al art. 25,1 de la Constitución*, cit., p. 233) es de la opinión de que en materia de infracciones administrativas de protección del orden general, no cabe aplicar el artículo 603,1 del C. P.

no «establecerlas», tendría que hacerlo, en todo caso e inexcusablemente, en virtud de una ley orgánica.

Respecto a las penas pecuniarias, bastará su establecimiento a través de ley ordinaria, pero no nos parece adecuado, como ocurre ahora, que puedan establecerse con carácter general sanciones pecuniarias de elevadísima cuantía por simples Reglamentos y cuya imposición, además, no está reservada a los tribunales.

La mencionada incompatibilidad entre el artículo 603 del Código penal y la regulación constitucional en materia de fuentes podría entenderse, en principio, debido a que la redacción del precepto del Código penal es anterior a la redacción y entrada en vigor de la Constitución ; pero es totalmente incomprensible que después de la Reforma urgente y parcial de junio de 1983 operada en el Código penal, tal precepto siga con la misma redacción (48).

En conclusión, aunque no se encuentra en el artículo 25,1 de la Constitución una reserva de ley en sentido estricto en materia de infracciones y sanciones administrativas, sí consagra el principio de legalidad, aunque sólo sea en su sentido limitativo, consistente en «no sufrir sanciones, sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas» (49).

Pero, a pesar de las insuficiencias con que está recogido el principio de legalidad en este precepto, lo cierto es que de él derivan un doble orden de garantías y límites en lo que al Derecho administrativo sancionador se refiere. Por un lado, están los límites propiamente constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración y, por otro, las exigencias de tipo técnico-jurídico derivadas del principio de legalidad.

En cuanto a lo primero, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 noviembre 1983) es muy clara y precisa al decir que los «límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25,1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de penas privativas de libertad...; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24

(48) Hay que señalar que el Proyecto de C. P. de 1980 no cambiaba el tenor del actual artículo 603 (art. 688 del Proyecto) —salvo en el inciso final del segundo párrafo—, sino que le añadía acertadamente, un tercer párrafo en el que se consagraba el necesario principio «non bis in ídem», no recogido inexplicablemente por la Reforma de junio de 1983. Tampoco en la nueva propuesta de Anteproyecto de C. P. de 1983 se atempera el contenido del correspondiente precepto (art. 610) a la reserva de ley establecida por la Constitución, aunque sí se introducen modificaciones importantes —claramente impuestas por la regulación constitucional—, como la expresa prohibición para la Administración de imponer sanciones privativas de libertad, el principio «non bis in ídem» y la preferente competencia judicial sobre la vía administrativa, aunque confusamente establecidos estos últimos.

(49) Así se expresa la *Sentencia del Tribunal Constitucional* de 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» -7 de noviembre de 1983).

de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones (50); y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial».

En lo que se refiere a las exigencias de orden técnico-jurídico derivadas del principio de legalidad, la primera de ellas es la exigencia de tipificación de las infracciones. El principio de tipicidad, como concreción o consecuencia técnica del principio de legalidad exige la determinación clara, concreta y exhaustiva de la conducta y la determinación de la sanción a imponer (51). Esto supone la prohibición de normas punitivas de contenido indeterminado y excluye la utilización de la técnica de reenvío o remisiones a normas de rango inferior (salvo cuando la propia naturaleza de las cosas impone tal técnica) y la interpretación analógica para fundamentar una responsabilidad (52).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 4.<sup>a</sup>) ha tomado en cuenta estos criterios en recientes sentencias, como la del 23 de enero de 1981, al sostener que la exigencia de tipicidad requiere que «el acto o la omisión que se castiga se hallen claramente definidos como falta administrativa..., debiendo, por tanto, rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma». Así, también, la Sentencia de 13 de octubre de 1981 considera que «el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora presupone la existencia de una infracción concreta; que la conducta esté tipificada...» y continúa más adelante diciendo que «aun sin desconocer que la tipicidad de la infracción administrativa no se construye con la misma rigidez que la penal, sin embargo, ello no puede llegar a justificar el empleo de interpretaciones extensivas o analógicas...» (53). Por último, es sumamente interesante la declaración de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.<sup>a</sup>) de 15 de julio de 1982: «... la Administración carece de competencia para ampliar por vía reglamentaria el ámbito normativo de una ley sancionadora...».

3.—Por otra parte, el párrafo 3.º del artículo 25 de la Constitución («La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad») supone, en primer lugar, una importante y necesaria limitación a la potestad sancionadora de la Administración ya que exige la intervención de un órgano judicial para la imposición de penas privativas de libertad. En un Es-

(50) Sobre este punto, cfr las *Sentencias del Tribunal Constitucional* de: 8 de junio de 1981 (B.J.C. núm. 3, 1981); 1 de abril de 1982 (B.J.C., núm. 12, 1982); 12 de mayo de 1982 (B.J.C. núm. 14, 1982).

(51) Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 201, que deducen la exigencia de taxatividad en la conformación legal de las infracciones administrativas de la idea de certeza jurídica, contenida a su juicio en el artículo 25,1 de la Constitución.

(52) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal*, cit., pp. 58 y 61 y ss.; SERRANO ALBERGA, J. M.: *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución*, cit., pp. 322-323.

(53) Vid. también en este sentido, las *Sentencias del Tribunal Supremo* (Sala 4.<sup>a</sup>), de 14 de febrero de 1981; 4 de marzo de 1981; 30 de mayo de 1981 y 28 de diciembre de 1981.

tado de Derecho la privación de libertad de los ciudadanos sólo debe corresponder a los Tribunales de Justicia (54).

En definitiva, dicho artículo supone la imposibilidad, por un lado, de que la Administración dicte reglamentos en que se prevea tal sanción y, por otro, de que una ley autorice a la Administración para imponer sanciones privativas de libertad.

El artículo 25,3 ha de entenderse, en opinión de Cobo y Boix (55) como un «límite al proceso de administrativización de la potestad de castigar, que originariamente reside en los jueces y tribunales y cuyo ejercicio por otros órganos habrá de someterse a un control judicial inmediato y efectivo».

4.—El artículo 105 de la Constitución que también incide en la actividad sancionadora de la Administración declara: «La ley regulará... c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

Los actos administrativos que suponen la imposición de una sanción se forman a través de un procedimiento, fruto de la cada vez mayor «juridización del actuar administrativo» y a través del cual se persigue garantizar los derechos e intereses de los afectados y también la garantía del interés público (56). Justamente en salvaguardia de los derechos de los afectados por el procedimiento administrativo, el mencionado artículo de la Constitución garantiza «*cuando proceda*, la audiencia del interesado». La expresión subrayada parece querer introducir un elemento de cautela en esta materia, cautela que, a juicio de Garrido Falla (57) es acertada, ya que el principio de audiencia tiene sentido cuando se trata de decidir sobre derechos de los administrados (entre otros, el procedimiento sancionador, pero no puede ser, a juicio de este autor, una regla de inexcusable exigencia para dictar cualquier resolución administrativa.

En cualquier caso, la aplicación del principio de audiencia del interesado en el procedimiento sancionador viene impuesto, como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia \_Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 1981) «en virtud del principio general informador de toda la normativa procedimental de que nadie debe ser condenado sin ser oído, determinando la conversión de este requisito en esencial...». También la jurisprudencia ha puesto en conexión dicho principio de audiencia con el artículo 24 de la Constitución, diciendo que la omisión del trámite de la audiencia del interesado produce una «evidente indefensión del mismo, con infracción notoria del párrafo 1.º del artículo 24 de la Constitución que protege contra esta omisión en cual-

(54) GARRIDO FALLA, R: *Comentario al artículo 25,3 de la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1980, p. 330.

(55) *Garantías constitucionales...*, cit., p. 23L En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, T. S.: *Derecho Penal*, cit., p. 50.

(56) GARRIDO FALLA, F., *Comentario al artículo 105 apartado c) de la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, p. 1057.

(57) GARRIDO FALLA, R, *op. últ. cit.*, p. 1057.



quier procedimiento...» (Sentencia Sala 4\* del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1981), Esta Sentencia pone de relieve la aplicación de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución a los procedimientos sancionatorios de la Administración, aplicación también reconocida por el Tribunal Constitucional (58) y que nos parece muy acertada.

En nuestro país, la legislación general sobre procedimiento administrativo está constituida por la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>1</sup> de 17 de julio de 1958, que apenas le dedica un pequeño capítulo al procedimiento sancionador, a nuestro juicio insuficiente.

5.—Por último, otro importante precepto constitucional en la materia que tratamos, es el artículo 106,3 de la Constitución, que alude al control judicial de la Administración con la siguiente fórmula: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». De los diversos controles judiciales a que la Administración puede verse sometida según lo establecido en este artículo, el que mayor interés suscita a los efectos del presente comentario es, precisamente, el control judicial de las sanciones impuestas por órganos administrativos, aunque el resto sea también de indudable importancia.

La sujeción de la Administración (y demás poderes públicos) a la Constitución, proclamada en el artículo 9,1, es completada por el precepto que comentamos, al someter a control por parte de los Tribunales la actuación de la Administración y la subordinación de ésta a los fines que la justifican. Tal control se explica porque el principio de división de poderes suponía originariamente el monopolio de los jueces en la potestad represiva y punitiva y más<sup>1</sup> tarde, por las razones aludidas en otro lugar, hubo una asignación de competencias sancionadoras a la Administración que necesita de un control por parte de quien originariamente gozaba de esa potestad.

Actualmente, en nuestro país y a pesar de la terminante declaración del artículo 117,3 de la Constitución («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en *todo* tipo de procesos... corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales...») no podemos concluir que exista un monopolio judicial de la potestad punitiva, puesto que, en otros lugares de la Constitución se atribuye, o mejor dicho, se reconoce, una potestad sancionadora a la Administración (59).

En cualquier caso, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional del artículo 117,3, impide considerar la potestad sancionatoria de la Administración como alternativa o' cumulativa de la propia de los jueces (60). La conclusión podría ser, como dice Casabó (61),

(58) Vid. *Sentencias del Tribunal Constitucional* de: 8 de junio de 1981 (B. T. C. núm. 3, 1981); t de abril de 1982 (B. J. C núm. 12, de 1982); 12 de mayo de 1982 (B, J, C núm. 14, 1982); 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 noviembre 1983).

(59) Vid, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit, pp, 153 y ss.; CASABÓ Ruiz, J. R., *La capacidad...*, cit., p, 105.

(60) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T. R., *Curso...*, cit., p, 164,

(61) CASABÓ Ruiz, J. R., *La capacidad...*, cit., p, 293.

que el sistema adoptado por la Constitución es el de partir del principio de competencia judicial para la imposición de castigos, pero que de modo excepcional se reconoce la potestad sancionadora de la Administración. «La idea de restringir al máximo la capacidad sancionadora de la Administración, devolviendo a los jueces el poder que les corresponde de la plenitud de la potestad jurisdiccional a que se refiere el artículo 117,3— se convierte en claro principio constitucional...» (62).

Esto también supone, como ya se ha puesto de relieve (63), que la actuación de la Administración en el terreno sancionatorio sólo puede legitimarse como una actuación subordinada y auxiliar a la judicial, subordinación, no sólo en lo relativo a posibilidad de revisión de sus actos, sino también en lo que respecta a las reglas de fondo por las que se rige aquella. Este papel subordinado y la preferencia de actuación de la autoridad judicial ha sido reconocida y destacada en una recientísima Sentencia del Tribunal Constitucional de gran interés que incluye entre sus fundamentos jurídicos, el siguiente: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso: b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellas ( lo cual no ocurre ahora y que desde luego no parece estar impedido —en cuanto a las faltas— por el segundo párrafo del artículo 603 del Código penal); c) la necesidad de respetar la cosa juzgada (64).

En materia de revisión jurisdiccional de los actos de la Administración, sigue vigente la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que ha sido afectada con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 de manera que, como ha señalado Garrido (65), determinados preceptos de esta ley han de ser modificados o han quedado derogados. En opinión de este autor, dicho artículo 106,1, en relación con el artículo 24 de la Constitución, viene a establecer una «cláusula general» de fiscalización judicial sin excepción posible, excepciones que, sin embargo, se prevén en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Después de la Constitución y en virtud de su artículo 24,1, debe tenerse la posibilidad de una «tutela efectiva» ante los Tribunales,

(62) CASABÓ Ruiz, J. R., *Ob, últ, cit.*, p. 294.

(63) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. D., *Curso...*, cit., p. 164; PRIETO SANCHIS, L. *La jurisprudencia constitucional...*, cit., p. 117.

(64) *Sentencia del Tribunal Constitucional* (Sala 2ª) de 3 de octubre de 1983 (B. O. E. 7 noviembre de 1983).

(65) GARRIDO FALLA, F., *Comentario al artículo 106 de la Constitución*, cit., p. 1067.

frente a decisiones sancionatorias de la Administración, que permita la posibilidad de un enjuiciamiento directo por parte del juez y con las debidas garantías procesales. Esto supone desterrar determinadas prácticas de la justicia administrativa e instaurar otras. En cuanto a esto último, sería necesario, como han señalado García de Enterría y Fernández (66), que el recurso contra la decisión sancionatoria tuviera carácter suspensivo, requisito básico cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales, frente a los simples intereses gestores de la Administración. Además, el principio de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24,2 de la Constitución, ha de ser de inexcusable aplicación en el Derecho administrativo sancionador, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (67). Esta presunción de inocencia supone que no se puede dar un desplazamiento en la carga de la prueba, como a menudo se produce, debido a la presunción de legalidad de los actos de la Administración (68).

Asimismo, ha de eliminarse la común práctica del «solve et repete» que supone una intolerable barrera económica para obtener esa «tutela efectiva» de los Tribunales de que habla el artículo 24,1 y que es por tanto totalmente inconstitucional (69). Igualmente rechazable es la utilización de la técnica de la «reformado in pejus», así como la conculcación del principio «non bis in ídem», prácticas todavía presentes en nuestro Derecho, aunque cada vez más rechazadas por los Tribunales y cuya eliminación hay que defender.

#### IV. NECESIDAD DE REGULAR LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN. LA UTILIDAD DEL MODELO PORTUGUÉS

L—Se puede decir que, hasta ahora, en nuestro país la Administración Pública ha gozado de un poder (sancionador y normativo) fuera de lo que es común en los países que asumieron el principio político de la división de poderes. Ciertamente, la prohibición establecida en el artículo 25 de la Constitución a la Administración Pública para la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, el traslado de la Administración Pública a la de Justicia, de la competencia para la persecución y castigo de los delitos monetarios y, fundamentalmente, los límites que la Constitución impone al Poder sancionador de la Administración Pública según la última doctrina del Tribunal Constitucional, son los primeros pasos de un camino que no se puede andar a ciegas.

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, E- y FERNANDEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 156.

(67) Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo* de: 8 de junio de 1981 (B. J. C, núm. 3, junio 1981); 1; de abril de 1982 (B. J. C. núm. 12 1982); 12 de mayo de 1982 (B. J. C, núm, 14, junio 1982).

(68) Vid en este sentido, las *Sentencias del Tribunal Supremo* (Sala 4.ª) de 17 de febrero de 1981 y 30 de mayo de 1981.

(69) En este mismo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, *Curso...*, cit., p. 184. Vid también la interesante *Sentencia del Tribunal Supremo* (Sala 4.ª) de 9 de junio de 1981.

Pese a que penalistas y administrativistas han tomado conciencia de la situación y han esbozado caminos a seguir, la clase política española parece mostrarse insensible al problema. En este sentido consideramos especialmente oportuna la traducción de esta Ley de Contraordenaciones portuguesa en cuanto que servirá de ayuda inestimable para el conocimiento de la cuestión a la vista de la solución «ius comparantista». No tiene que extrañarnos que Portugal, cuya Constitución de los claveles influyó tan notablemente en nuestra Constitución de 1978, haya producido una norma jurídica que necesariamente ha de servirnos de modelo a la hora de regular el Poder sancionador de la Administración. En cualquier caso, los españoles debemos ser conscientes que los modelos que Francia y Alemania, fundamentalmente, nos han proporcionado hasta ahora, pueden dejar de ser punto de referencia en cuanto que las novedades más importantes en el campo jurídico pueden encontrarse sin dificultad en la creación propia de la comunidad iberoamericana a la que pertenecemos.

Nuestra pretensión consiste en decidir, a la vista del modelo portugués, el rigor con que ha de entenderse el principio de división de poderes y por tanto la Administración debe de conservar algún poder normativo, jurisdiccional o sancionador. Toda esta materia debe ser objeto específico de una Ley de Contravenciones o de una Ley de Régimen jurídico de la Administración —sobre cuya urgencia no se parece tener conciencia clara en la clase política (70)— que deberá de pronunciarse claramente sobre un auténtico Derecho administrativo penal o un simple Derecho contravencional o de policía que trate de infracciones de escasa gravedad, si el procedimiento ha de ser común al que rige en la Justicia penal o debe de haber un procedimiento penal administrativo, si han de crearse instituciones como la compensación, el pago voluntario, la transacción, etc. Las fuentes de información sobre esta problemática y las posibles soluciones se encuentran en la propia bibliografía jurídica española, pero habrá que añadir no sólo el estudio general del Derecho comparado, sino específicamente el estudio de esta Ley de Contraordenaciones portuguesa que en estos momentos queremos aportar como modelo,

2.—Pecaríamos de ligereza y de falta de realismo si preconizáramos la supresión de todo poder sancionador de la Administración Pública, sin tratar de evitar las causas que consintieron que, tras la Revolución Francesa, aquélla se hiciera con tan fuertes resortes sancionador es. No podemos colocar a la Administración Pública en una situación de ine-

(70) \_Hasta el momento no se ha producido ninguna-iniciativa legislativa en este sentido —que nosotros conozcamos—. Sólo existe una alusión, que por ahora no se sabe qué visos de realidad puede tener, a un Proyecto de Ley sobre la Potestad Sancionadora de la Administración en la disposición final 2.ª de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, en el sentido de que el Gobierno se compromete a remitir dicho Proyecto en el plazo de; seis meses a partir de la entrada en vigor del nuevo Código penal. Pero con la larga marcha que lleva la reforma penal en nuestro país es difícil prever cuánto tiempo más habrá que esperar para que se haga realidad tal proyecto.

ficacia frente a tareas y sectores encomendados a su competencia y cuidado, ineficacia cuya trascendencia no puede soslayarse cuando se trata de ámbitos tales como sanidad, disciplina de mercado, prensa, turismo navegación aérea, orden público, régimen local, comercio exterior, etc! Pues bien, fórmulas para evitar que la Administración Pública quede desarmada en el cumplimiento de sus funciones dirigidas al bien común han sido aportadas por Parada: posibilidad de condenas sin proceso, posibilidad de enervar la acción penal mediante una solución conciliadora, presencia privilegiada de los funcionarios en el proceso penal, reconocimiento de valor probatorio a los documentos administrativos de constatación de infracciones, etc. Con estos correctivos se trata de conseguir que, en la práctica, las sanciones impuestas por la Administración funcionen con la misma eficacia, pero con la diferencia de que el administrado tiene siempre la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia, siendo aplicable a todo el sistema sancionador los principios propios del Derecho penal como el de legalidad y retro-actividad, culpabilidad, etc. (71).

En primer lugar, parece evidente que la Administración Pública debe tener ciertas prerrogativas en orden a la incoación de expedientes o iniciación de procedimientos sobre todo en materia de delitos económicos aunque luego fueran trasladados al juez ordinario para su conocimiento y fallo. Piénsese en la dificultad que entraña la persecución de los delitos relativos a control de cambios, contrabando de mercancías, comercio interior, crédito, financiación, etc., sin la colaboración de los funcionarios técnicos especializados de la Administración Pública. Téngase en cuenta además que actualmente en materia de delitos monetarios, de disciplina de mercado, de infracciones laborales y de delito fiscal, se producen ya estas prerrogativas en favor de la Administración Pública.

En segundo lugar, debe valorarse la posibilidad de otorgar un papel probatorio especial a los expedientes administrativos por la importancia que revisten a la hora desconfigurar un proceso criminal. El Ministerio Fiscal no representa en el proceso ninguna situación, de privilegio para la Administración Pública, ya que aquél, más que defensor de los intereses del Estado, lo es de la sociedad, del interés general comunitario, La defensa del Estado, encomendada al Abogado del Estado, tampoco cumple con la eficaz defensa de la Administración, ya que carece de todo privilegio procesal. En este sentido reviste importancia realzar la posición de la Administración en el proceso, y, por apuntar instituciones ya ensayadas en otros países, podríamos recordar aquí la concesión de un especial valor probatorio a las pruebas aportadas por funcionarios. Un ejemplo nos lo proporciona el Código francés de Aduanas, estableciendo que el expediente redactado por un agente de Aduanas hace fe, salvo prueba en contrario, limitándose esta prueba a los documentos de fecha anterior a la indagación efectuada por el agente. Y sí el expediente es redactado' por dos agente hace fe, salvo

(71) CERZEZO Mm, *Límites...*, cit, p, 169. Vid también BAJO FERNÁNDEZ, M , *Derecho...*, cit,, pp. 104 y ss.

prueba en contrario, de la sinceridad y exactitud de las confesiones y declaraciones que aportan, y hacen fe de las constataciones materiales que relatan, sin otra excepción que la falsedad.

Una prerrogativa procesal de esta clase aparece en nuestro Derecho positivo cuando se concede presunción de veracidad a ciertas actas levantadas por Inspectores de Trabajo, Ahora bien, tales prerrogativas resultan recusables mientras el poder sancionador lo ostenta, como es el caso, la Administración Pública, Si, por el contrario, como es el caso francés, en el que también se otorgan presunciones de veracidad a ciertas actuaciones de los Inspectores de Trabajo, el poder sancionador permanece en manos del Poder Judicial, tal prerrogativa procesal queda justificada en razón de la defensa de la función pública encomendada a la Administración.

Por último, debemos referirnos a la transacción penal como, institución propia de las infracciones castigadas con multa. La transacción penal en sus diversas manifestaciones es una institución muy extendida que tiene en algunos países una honda raíz histórica (72), Su fundamento jurídico se cifra en el hecho de que la investigación judicial del delito y de la responsabilidad de su autor, resulta superflua, en el caso concreto, en razón de la evidencia objetiva del hecho o del reconocimiento implícito o explícito de la responsabilidad del sujeto y, si se trata de infracciones leves, en el hecho de que la interposición de las garantías procesales no puede entenderse indispensable sólo para el interés público general cuando el interés privado no lo invoca en defensa de su propio derecho.

Las ventajas que se atribuyen a esta institución son, fundamentalmente, que implica un beneficio tanto para el infractor que evita la condena criminal, como para la Administración, que ve así, de modo rápido, compensado su daño; constituye una sanción moderada, pero eficaz por su rapidez y libera a los Tribunales de los casos baladíes, lo que juega en favor de la dignidad de la justicia penal, que puede dedicar más eficazmente sus esfuerzos a casos de mayor interés social.

Indudablemente es cierto que la transacción reviste una serie de peligros que deben ser conjurados mediante una regulación específica. Hay que evitar, por ejemplo, que, en la práctica, se esté obligando al presunto infractor a transigir, aunque se considere inocente, que marque diferencias en función de las disponibilidades económicas de cada individuo —ya que la transacción implica un acuerdo de pago en dinero—• y que se utilice la transacción por parte del funcionario de modo arbitrario y en atención a consideraciones personales.

Estos peligros deben ser evitados estableciendo el carácter facultativo de la transacción para el infractor y su carácter obligatorio y reglado para la Administración, estableciendo un máximo en la cuantía

(72) N, T, Vid, BAJO FERNÁNDEZ, Al, *Derecho...*, etc., pp, 104 y ss.

pecuniaria objeto de transacción y ajustando la cuantía en función de las disponibilidades económicas del infractor.

3. — *El Decreto Ley de Contravenciones portugués de 27 de octubre de 1982 constituye un instrumento inestimable para la futura reforma del poder sancionador de la Administración Pública en España. Las propuestas que hemos hecho en relación a la corrección de los defectos del poder sancionador de la Administración Pública en España coinciden en gran parte con las soluciones que el Decreto Ley de Contraordenaciones portugués ha consagrado normativamente.*

Reviste especial interés el hecho de que en el Decreto Ley portugués el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal aparecen como normas supletorias para colmar las lagunas. Paralelamente se trasladan al Decreto Ley de Contraordenaciones los principios básicos del derecho penal sustantivo liberal entre los que hay que destacar, sin duda alguna, el principio de legalidad (art. 2) la consagración del principio «non bis in idem» (arts. 16,3, 33 y ss. y concordantes), la regulación minuciosa de la culpabilidad, del error, de las formas imperfectas de ejecución y de la participación criminal (arts. 8 y ss.) y la determinación de la pena («Coima») en función de la culpabilidad del autor y de la situación económica del mismo, lo que conducirá necesariamente a conseguir una sanción proporcionada a los principios básicos que constituyen el fundamento de un derecho sancionador. En este sentido, la proporcionalidad de la sanción aparece como una de las preocupaciones más importantes del legislador portugués en los artículos 17 y siguientes,

Constituye también mérito en la norma portuguesa que comentamos, la regulación específica de la vigencia espacial y temporal de la Ley (arts. 3 a 6). Por lo que respecta principio de proporcionalidad con una regulación minuciosa, previendo incluso el sistema de pago aplazado de la sanción (art. 88), hay que destacar también la determinación estudiada de las sanciones accesorias tales como el comiso (arts. 21 y ss.) y las medidas de seguridad como sanciones accesorias. La regulación del concurso de infracciones, (arts. 19 y ss.), de la prescripción de la acción procesal y de las sanciones (arts. 27 y ss.) y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 7) constituye otra prueba de la "regulación minuciosa que el Decreto Ley portugués hace de todas las cuestiones claves del Derecho administrativo sancionador.

En el aspecto procesal se toman en cuenta los principios vigentes en un Derecho procesal moderno relativo a la imposición de sanciones penales ; se regulan, en defensa de todos los intereses que entran en juego dentro del campo propio del Derecho administrativo sancionador, instituciones tales como el derecho de audiencia del administrado, el derecho de defensa, los recursos administrativos, el principio de la cosa juzgada, la eliminación del principio <solve et repete> (art. 93.2) y la obligación de motivar las sentencias condenatorias, etc.

Pero sin duda ninguna, aspecto más interesante de la regulación del procedimiento sancionador lo constituye exhaustiva regulación

del recurso del condenado ante los Tribunales de Justicia (arts. 59 y siguientes). El sometimiento del poder sancionador de la Administración al control de los Tribunales de Justicia coloca al Derecho administrativo sancionador portugués dentro de unos términos de Derecho sancionador moderno. Un eficaz control de la Administración de Justicia sobre las sanciones impuestas por la Administración entraña la defensa de los principios liberales que consagra nuestro ordenamiento jurídico, sin que tenga que implicar necesariamente una merma notable de las funciones que la comunidad encomienda a la propia Administración Pública. Ciertamente es preocupación constante de los gobernantes conseguir una regulación del poder sancionador de la Administración Pública que le permita o le facilite el cumplimiento de las tareas que le están encomendadas y cuya importancia no puede soslayarse. Pero esto no autoriza a convertir el poder sancionador de la Administración en un poder más parecido al sistema punitivo del Antiguo Régimen que a un sistema penal moderno. Una regulación del poder sancionador de la Administración con control del Poder judicial, teniendo en cuenta los intereses del administrado a la vez que la importancia de la labor encomendada a la Administración Pública, es un objetivo inexcusable de la futura reforma del Derecho administrativo sancionador. La Ley de Contraordenaciones portuguesa que estamos comentando, sin duda, hace un esfuerzo de realismo otorgando a la Administración ciertos mecanismos compensatorios de las limitaciones que la norma le impone.

Algunos de estos mecanismos podrán ser, sin duda, discutibles y discutidos, pero responden a la necesidad de no desarmar a la Administración Pública, a la que por otro lado se le encomiendan funciones de tutela sumamente importantes para la comunidad. Considerarnos que el papel instructor que se concede a la Administración Pública implica, a nuestro juicio, un acierto como mecanismo compensatorio de la pérdida de poder sancionador por parte de la misma, Y constituye también un acierto que las facultades de iniciación del procedimiento y de instrucción del mismo<sup>1</sup> sean trasladadas a las propias autoridades policiales como dispone el artículo 54 del Decreto Ley portugués. Tímidamente se consagra la posibilidad de la condena sin proceso al establecer el artículo 25 la posibilidad de decretar el comiso sin previo conocimiento o, incluso, sin condena.

Otras disposiciones nos parecen de valor más dudoso. El artículo 1 en su párrafo 2 parece admitir la posibilidad de una responsabilidad objetiva («la Ley determinará los casos en que una contraordenación pueda ser imputada independientemente del carácter reprochable del hecho»). A nuestro juicio la admisión de esta posibilidad constituye una puerta excesivamente amplia que puede llevar al traste con el esfuerzo del legislador por trasladar al ámbito sancionador de la Administración Pública los principios liberales de un Derecho penal moderno. Por otra parte, aunque el Decreto Ley portugués de contraordenaciones quiere responder a los principios liberales de un Derecho sancionador moderno, no puede evitar, en ocasiones, referirse a los prin



cipios de economía, celeridad y eficacia propios de la Administración Pública. Hay que reconocer que estos principios de economía, celeridad y eficacia no se consagran como básicos de la regulación del poder sancionador de la Administración, pero en algunas ocasiones necesariamente tiene la Ley que referirse a ellos por ser los principios que explican el funcionamiento de la Administración Pública (véase artículo 37, último párrafo).

Hay otras disposiciones que a nuestro juicio no merecen siquiera el mérito de la duda. En este sentido nos parece criticable que en el artículo 16 se haga una regulación distinta de la participación distinguiendo si se trata de delito o de simple contraordenación y, por otra parte, la regulación del error (arts. 8 y 9) nos parece especialmente confusa. No creemos que exista ninguna justificación para regular de forma distinta la participación según la índole de la infracción. Tampoco tiene explicación que el artículo 58 admita la «reformado in peius», lo que constituye, a nuestro juicio, un atentado no admisible contra principios elementales del Derecho sancionador moderno. Tampoco merece alabanzas el excesivo margen de discrecionalidad otorgado a los jueces en la fijación de la cuantía de las multas, lo que implica un marco penal excesivamente amplio (véase art. 68,2).