

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PENALES.

GONZALO QUINTERO OLIVARES
CATEDRATICO DE DERECHO PENAL DE LA
UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES

GUION

1. *Las cuestiones acumuladas*
2. *La situación de indefinición y la perdida ocasión de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
3. *La Constitución, las manifestaciones del derecho represivo y la despenalización.*
4. *Los principios limitadores de la actividad sancionadora y su diferencia respecto al derecho penal.*
5. *Significación de los “principios” y los principios “reconocibles”.*
6. *La improcedente traslación automática de los principios penales a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas.*
7. *Principios penales aplicables y sentido de los criterios dogmáticopenales.*
8. *Los principios más significativos*
 - 8.1. *El principio de legalidad*
 - 8.2. *La exclusión de la responsabilidad objetiva, la justificación de la culpabilidad.*
 - 8.3. *El conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de conducta*
 - 8.4. *La sanción administrativa y las personas jurídica*

1.-

Hace algún tiempo me ocupé ya del tema de las sanciones administrativas en relación con los principios inspiradores del derecho penal (“La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública, y los principios inspiradores del derecho penal”, Revista de la Administración Pública, 1991), siempre bajo la misma preocupación: analizar hasta que punto llegaba el supuesto parentesco garantista entre una y otra parcela del derecho público, intuyendo que no se podía admitir el transporte absoluto de todas las garantías elaboradas históricamente por la ciencia y la jurisprudencia penales. La diferencia de misiones explica diferencia de fundamentos y límites, y eso, pese a todo, no es obstáculo para que pena y sanción administrativa, o conminación penal e intervención de la administración puedan y deban guardar coherencia en el marco común de la potestad protectora-punitiva del Estado, esto es, deslizarse por unas vías comunes en cuanto a compartir objetivos político-criminales, sin perjuicio, por supuesto, de que gran parte de la actividad sancionadora de la Administración no tiene nada que ver con la política-criminal, sino con el cumplimiento de sus fines propios.

Por su parte, la situación del ciudadano frente a la actuación del derecho sancionador requiere un propio análisis garantista, como es lógico, que hoy se tiene, en ese sentido, por “pseudo-penal”, de manera que el ciudadano habría de gozar exactamente de todo aquello que reúne la Parte General del derecho penal en cuanto a límites, principios culpabilistas, imputación de hechos, conocimiento de la antijuricidad, etc., lo que tal vez sea un exceso.

Desde mi anterior aproximación al problema de estas relaciones se han registrado datos de interés, ante todo jurisprudenciales ordinarios y constitucionales. También ha crecido el volumen de estudios de la ciencia administrativa dedicados al tema, destacando sobre todos, en mi opinión, el monográfico de Alejandro Nieto, en el que se establecen las bases de los principios que han de gobernar la actividad sancionadora desde la concreta, y lógica, óptica del derecho administrativo.

También se ha promulgado la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que pudo y no supo, o no quiso, resolver muchos de los problemas que en este campo existían. La Ley se ha limitado (artículos 134 a 138) a fijar unos “principios del procedimiento sancionador”, que estictamente declara: a) la obligada legalidad, en sentido amplio, del procedimiento, b) la división del mismo en dos fases, c) el derecho a ser informado de la acusación y a formular alegaciones, d) la presunción de inocencia, e) la obligación de respetar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios, y, f) la obligación de practicar pruebas.

Mas eso, siendo sin duda importante, no alcanza a todo los postulados que en teoría exige el sentido garantista del derecho penal (dogma del hecho, prohibición de responsabilidad objetiva, relevancia del potencial conocimiento del injusto, exigibilidad, valoración del error, diferencia entre dolo y culpa, etc.). Por eso continuamos con la extraña sensación de que las sanciones administrativas no respetan ninguno de aquellos derechos y garantías que se acuñaron para el derecho penal, por lo que al “descender” al derecho sancionador se pierden garantías por el camino.

La preferencia de la Administración Pública - sin perjuicio de que sea lógica en muchos casos esa preferencia- por el sistema sancionador (basta pensar en infracciones tributarias, urbanísticas, medioambientales) en lugar del “engorroso” recurso al derecho penal, que tantos inconvenientes provoca a la “eficacia”, “agilidad” y “contundencia”, produce, además de preocupación por el resabio antidemocrático que puede encerrar, una razonable convicción de que nada en esta materia es casual, especialmente la falta de un Código de la Sanción Administrativa, labor para la que es precisa una voluntad política que no se percibe.

2.-

A diferencia del esfuerzo desplegado por el legislador, o prelegislador penal, el legislador administrativo no ha estado a la altura de los problemas, eso, al menos, es algo que denuncian muchos administrativistas preocupados por el tema del derecho sancionador. Una afirmación así formulada parecería plausible presentación de una comparación entre legisladores diligentes y legisladores no diligentes. Pero semejante valoración sería absurda, toda vez que el prelegislador ha sido siempre, durante los años que analizamos, el mismo, o, dicho de otro modo, un Gobierno sostenido siempre por el mismo partido. Por lo tanto ha sido el Ejecutivo el que, ya sea a través del Ministerio de Justicia, ya sea a través de los de Presidencia o de Administraciones Públicas, pudo ejercer su capacidad de promover leyes y no lo hizo, o al menos no lo hizo con la misma intensidad, prescindiendo de los efectos reales, con los que se puso empeño en elaborar sucesivos Códigos penales.

El resultado es sabido: aunque en un principio se anunció (1983) que la elaboración de un nuevo Código penal requería la simultánea promulgación de un Código de la Sanción Administrativa, ello no se hizo- luego examinaremos algunos aspectos de la LRJAPPAC. En consecuencia, el sistema sancionador administrativo continua clavado en la casuística, sin planteamientos generales que orienten sobre sus fundamentos y principios inspiradores, en relación con el Código penal y sus principio, y en relación

con las garantías constitucionales y los fines que la Constitución confiere a la acción de la Administración pública..

Al buscar culpables de este estado de cosas, si es que hay alguien que pueda merecer tal calificativo, debe descartarse a la doctrina administrativista, la cual, en lo que alcanzo a ver, ha reclamado insistentemente la conformación de un cuerpo de principios esenciales. Quizás haya tenido más influencia la tensión o enfrentamiento entre sectores de la propia Administración central del Estado o de ésta, pero en una medida muy inferior, con las Administraciones autonómicas y locales, tal vez renuentes a ver trazados marcos generales para su actuación.

Sea como fuere, la actividad sancionadora de la Administración, diecisiete años después de aprobada la Constitución, carece todavía de un conjunto de principios rectores propios que sean a la vez respetuosos con los derechos del ciudadano y útiles para la acción administrativa. A falta de ellos se han ido arbitrando soluciones o criterios parciales, por obra de la jurisprudencia ordinaria y de la jurisprudencia constitucional, amén del esfuerzo doctrinal adicional. Pero el resultado de todo ello dista de ser una solución global para todos los problemas planteables.

Se ha desperdiciado la ocasión de la LRJAPAC para hacer una ley de la sanción administrativa. En esto también coinciden muchos pareceres. Cuando se da el paso de modificar una ley de la envergadura de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el lógico afán de diseñar un marco referencial común para todas las Administraciones Públicas, hubiera parecido lógico que se aprovechara la ocasión para suplir la falta de un Código de la Sanción Administrativa, que se había prometido en 1983. Aun reconociendo que la citada Ley tiene un alcance y ámbito mucho más amplio que el de las mediadas sancionadoras y las garantías procedimentales que deben acompañar su formulación e imposición, ningún inconveniente había para que, ya que se dedicaba una parte del texto a las infracciones y sanciones, cuando menos se precisaran con claridad los principios esenciales en materia de garantías y del fundamento de la responsabilidad y sus clases.

3.-

La gravedad e importancia del problema viene marcada desde la Constitución, de la cual se deriva sin género alguno de duda que nuestro ordenamiento jurídico, como los de todos los países, establece una doble clase de medidas represivas (penales y administrativas). Pero la cuestión no consiste en saber y aceptar eso, sino en que aparentemente la voluntad constitucional es rodear a ambos grupos de sanciones de un aparato de garantías, en coherencia con su común acogida en el artículo 25 CE.

A este dato de indudable importancia ha de añadirse otro que le es próximo: los penalistas estimamos que la transformación en infracción administrativa es el camino deseable para una buena cantidad de infracciones cuyo actual carácter penal no se justifica. Del mismo modo, las infracciones criminales requieren frecuentemente el diseño previo de un sistema de infracciones administrativas que actúen como aparato preventivo-protector del bien jurídico de que se trate, reservando al derecho penal para los más graves ataques orientados a destruirlo o dañarlo o ponerlo en peligro. Siendo así, parece normal, al menos en teoría, que el tránsito de uno a otro sistema represivo no tenga que hacerse al precio de renunciar por el camino a garantías reconocidas como conquista (dolo, culpa, conocimiento de lo prohibido, culpabilidad, justificación, exclusión de la responsabilidad objetiva, etc.), cual si el “descenso” al sistema sancionador administrativo fuera el hábil recurso del Estado para prescindir de tan embarazosas limitaciones, o bien, lo que es lo mismo, que el paso del Poder Judicial al Poder Ejecutivo supusiera un salto entre dos sistemas jurídicos totalmente separados e independientes, cosa en sí misma inadmisibile.

Por lo tanto habrá que convenir que el sistema sancionador administrativo “debe” estar rodeado también de garantías, lo cual no significa que tales garantías deban desplegarse y actuar de la misma manera que lo hacen en el campo de los delitos, ni que las garantías, aun admitiendo las “esenciales”, sean exactamente las mismas.

4.-

Hasta ahora, y pese a los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución, las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional apenas han fijado otros límites garantistas que la prohibición de que las infracciones administrativas puedan llevar a la privación de libertad, la obligación de respetar el derecho de defensa y contradicción del sancionable, la reserva de ley para las normas que creen infracciones y sanciones, y, por último, la garantía de que las decisiones sancionadoras de la Administración serán siempre revisables en vía jurisdiccional (cfr. STC.3-10-1983).

Entre tanto, los problemas se han sucedido, comenzando por el desorden reinante en materia de producción normativa, donde concurren el Estado, la CEE, las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos e, incluso, las Corporaciones profesionales.

La desaparición del monopolio estatal del derecho a castigar, del que “lato sensu” forma parte el derecho sancionador, supone, como es fácil

imaginar, una escisión conceptual notabilísima entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo. El fraccionamiento de la potestad sancionadora ha dado lugar a que ésta sea detentada por a) la CEE, que al menos, siguiendo seguramente dictados del Consejo de Europa, ha proclamado el sometimiento de su derecho sancionador al principio de culpabilidad, b) las Comunidades Autónomas, por más que su competencia sancionadora se habilite en virtud de ley que delega en ellas competencias del Estado.c) los entes locales, cuya actividad sancionadora encierra un problema de legalidad, resuelto para las sanciones (Texto Refundido de las disposiciones de régimen local) pero no tanto para las infracciones (Nieto), salvo los casos en que una ley sectorial, en los casos en los que remite la capacidad sancionadora a los ayuntamientos, “defina” previamente la conducta. Mas lo difícilmente admisible es que los Ayuntamientos puedan por sí mismos, prescindiendo de mínimas leyes marco competenciales, crear infracciones y sanciones.

Resolver este problema en los entes locales y, en medida mucho mayor, en las Corporaciones y Colegios Profesionales, exigiría partir de una perspectiva democrática y comprender que el binomio ley-reglamento sólo puede plantearse en el Estado y en las CCAA. La atribución a esas personas jurídicas de una capacidad de ordenación coactiva de las actividades de sus miembros es, sin duda, razonable, pero cuesta admitir que una Junta de un Colegio, por ejemplo, pueda llegar a establecer e imponer sanciones que equivalgan incluso a penas (inhabilitaciones), sin preceder garantías de forma (ley que lo establezca) y procedimiento. En este terreno se extendió en ocasiones la idea de que las Corporaciones profesionales deben gozar de cierta relajación en materia de requisitos formales de sus normas disciplinarias (en este sentido hay que señalar que el TC se llegó a exceder en S. de 21-12-89 al valorar la capacidad sancionadora de las normas internas de un colegio de arquitectos). Frente a esa tentación hay que reclamar, una vez más, que la capacidad sancionadora de un Colegio o Corporación profesional es perfectamente comprensible y necesaria, pero es también compatible con la previa exigencia de una ley habilitante para ello, que respalde la actividad sancionadora de esas entidades y, por supuesto, de las corporaciones locales.

En suma, falta pues una disposición general que defina las condiciones bajo las que entes o administraciones pueden producir reglamentos sancionadores, que siempre, claro está, lo harán en desarrollo de una Ley en sentido estricto, pues si no fuera así estaríamos ante una invasión de la potestad legislativa.

Así pues, y volviendo al punto inicial de este breve recorrido por el reparto de la capacidad sancionadora, es preciso destacar que ésa se aleja de raíz de la estrictamente punitiva por quebrar los dos principios básicos del derecho penal: MONOPOLIO DEL ESTADO Y SOMETIMIENTO PLENO A LA RESERVA DE LEY ORGANICA COMO EXPRESION DEL PRINCIPIO

DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL. A partir de ahí, la traslación de los principios penales como si todo se tratara de una misma cosa tropieza con una previa dificultad de salida, que no pueda desdeñarse por lo que tiene de sintomática de diferencias más profundas que denuncian que se trata de dos parcelas diferenciadas del derecho público, y de que, por lo tanto la actividad sancionadora de las Administraciones públicas puede atender a principios diferentes.

Pero lo cierto es que ese conjunto de principios inspiradores de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas es realmente reducido, y son muchas las cuestiones que quedan sin resolver. Y es por esa razón por lo que se ha propuesto, y en cierta medida el TC lo ha reconocido como posible y justo, trasladar los principios penales al ámbito de la actividad sancionadora de la Administración. Mas esa idea, expresada con esa elementalidad, encierra muchos escollos y zonas oscuras y preguntas de difícil respuesta:

a) ¿por qué los principios penales se pueden trasladar al derecho sancionador, en lugar de buscar para este último unos principios “propios”?

b) hay que determinar cuáles son esos principios penales, pues puede suceder que ni siquiera los penalistas tengan esa relación muy clara, si es que se trata de establecer un catálogo de principios irrenunciables.

c) quizás no sean trasladables la totalidad de esos principios, puesto que de pretender que así sucediera, el derecho sancionador sería en verdad una versión reducida o sectorial del derecho penal pero, por lo demás idéntica a éste, lo cual no parece inimaginable ni conveniente.

d) el traslado de principios, en la medida en que quepa, no puede lógicamente ser automático, sin límite ni apoyatura legal alguna. Por lo tanto, alguna disposición positiva, y no solo el voluntarismo del intérprete celoso del respeto al Estado de Derecho habrá de contribuir a permitirlo y a fijar su alcance. Esta última consideración deberá quedar sin respuesta bastante en el razonamiento que sigue, puesto que tan solo una expresa regulación legal de los principios a los que se debiera someter la actividad sancionadora de la Administración cumpliría con un “traslado ordenado”, además de incorporar principios propios, y esa regulación, hoy por hoy, no la tenemos.

5.-

Al abordar la cuestión de los “principios” tropezamos con un aspecto de la cuestión que, siendo esencial, de ordinario se orilla, y es precisamente el determinar qué es un “principio” en el derecho represivo público. Nieto ha señalado caústicamente que padecemos una epidemia de “principalismo”.

Muchas ideas incluidas en esa denominación son solo declaraciones abstractas y equívocas. Indudablemente un principio ha de ser abstracto, esto es, orientado a regular la interpretación de un problema bajo un mismo criterio, pero necesariamente habrá de ser, como también señala Nieto, “prescriptivo”, pues de lo contrario no rebasará la noble condición de “ideal” o consejo más o menos atendido.

El artículo 25 de la Constitución, que tanta importancia fundamental tiene para toda la materia penal y sancionadora, constituye un paradigma de lo que el voluntarismo, por demás justo y explicable doctrinalmente, puede llegar a producir en materia de establecimiento de “principios”. Del texto del citado precepto se deriva sin duda el principio de legalidad y el de prohibición de la retroactividad desfavorable (párrafo primero), la orientación, en lo posible, a la reinserción social-esto no es ya un principio prescriptivo, y ciertamente no corresponde como objeto ni siquiera eventual al derecho sancionador- la limitación del alcance de las penas privativas de libertad para otros derechos fundamentales, y la prohibición de que la Administración imponga penas que directa o indirectamente suponga privación de libertad. A esa relación se ha querido añadir, por vía de interpretación inspirada en la axiología del precepto, el principio “ne bis in idem” y el de proporcionalidad entre hecho y pena, el llamado principio o garantía de taxatividad de las leyes, la prohibición de cláusulas abiertas o indeterminadas, a lo que, echando mano del artículo 9.3 CE y otros de carácter programático, se ha querido añadir el de exclusiva dedicación a la protección de bienes jurídicos, la prohibición de responsabilidad objetiva, y el respeto al principio de culpabilidad. Esas pautas limitativas tendrán que afectar, en teoría, tanto a los delitos y las penas como a las infracciones administrativas y las sanciones.

En cambio, del artículo 24 CE, de indudable transcendencia para el sistema penal y procesal penal, y mucho más explícito y preceptivo que el 25, no se ha dicho que sus efectos alcancen por igual a la imposición de sanción administrativa, exigiéndose para ella también la previa contradicción, análoga garantía probatoria, asistencia de letrado, presunción de inocencia, etc.

Lo cierto es que cuesta, o, al menos, no es sencillo, derivar de la redacción de las normas constitucionales todas y cada una de las consecuencias que doctrinalmente se desean, con total independencia de que esos ideales, y otros muchos, deban ser defendidos como condición inexcusable para que el sistema penal pueda considerarse cultural, jurídica y políticamente como el propio de un Estado social y, democrático de derecho en las postrimerías del siglo XX, y que, por lo tanto, el proceso legislativo penal haya de tener en cuenta que el cumplimiento de esos postulados es la manera de satisfacer las declaraciones del Título Preliminar de la Constitución.

Si dificultades reviste la precisión y asentamiento de los llamados principios inspirados del derecho penal, fácil es imaginar que más complicado todavía resulta decidir su aplicabilidad a la actividad sancionadora de la Administración, pues el engarce con el derecho penal no tiene otra base técnica que la común mención en el artículo 25 CE (ya me he referido a la escasa búsqueda de paralelismo con el art.24 CE). Las declaraciones del TC, apoyadas en el art.25 y el art. 9.3 CE, en orden a la posibilidad y necesidad de someter la acción sancionadora a un sistema análogo de garantías, es un postulado de razón, loable, orientado a evitar una desigualdad garantista que podría conducir a la burla de las conquistas alcanzadas históricamente en el ámbito de la responsabilidad personal frente a toda clase de castigos. Pero bueno será no lanzarse a ciegas a un “traslado” que olvide la dificultad que reviste determinar lo “trasladable”, pues no todos los penalistas coinciden en qué es lo esencial, o no admita que acaso algunos “principios” sea inviable o inoportuno pretender aplicarlos en la actividad sancionadora de las Administraciones.

Por otra parte está la denuncia de la doctrina administrativista contra la extensión de los conceptos y principios penales al derecho administrativo, sometiendo a éste a una condición de vasallaje técnico, cual si el derecho sancionador fuera simplemente una versión menor del derecho penal, con el cual sólo guardaría diferencias cuantitativas y de nombre. La tesis más difundida entre los estudiosos del tema es la de que el derecho sancionador administrativo está utilizando o aplicando “provisionalmente” los principios penales, pero solo a falta de unos principios propios que, antes o después, deberán construirse de acuerdo con los fines y función del derecho sancionador administrativo que, por definición, difieren de los correspondientes al sistema penal, el cual no construye, pues, una teorización adecuada y obligatoria para la totalidad del “derecho represivo” estatal. Eso es perfectamente compatible con la existencia de una cantidad razonable de (llamados) principios comunes a pena y sanción administrativa, cuando no a la totalidad del sistema jurídico.

La sanción impuesta a un ciudadano por la Administración permite unas críticas que aparentemente el derecho penal no podría asumir sin grave escándalo, tanto que inmediatamente se alzarían denuncias de inconstitucionalidad y terror penal. En cambio, de la infracción administrativa sus estudiosos (sigo a Nieto en este punto), dicen, entre otras cosas, que la imposición de una sanción administrativa no obedece a ningún criterio regulador de la intervención pública, sino al mero azar, que decide la suerte de un ciudadano por causas totalmente aleatorias. De nada sirve a ese ciudadano invocar la igualdad ante la Administración. La arbitrariedad es la norma de conducta. El Estado sanciona a quien quiere, y el ciudadano lo sabe, y no es “principio de oportunidad”, como se dice del derecho penal,

sino pura lotería. Así mismo, el Estado nunca ha tenido interés real en la mejora democrática del derecho administrativo sancionador, el cual ha ido evolucionando a costa de la paciencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo y de la acción de desesperados recurrentes hartos de la arbitrariedad o de incansables pleitistas.

Tan amarga visión del problema de la presencia del derecho administrativo sancionador es, a mi modo de ver, un poco exagerada en cuanto supone que eso “solamente” pasa con el derecho administrativo. Tampoco el derecho penal cumple con un ordenado criterio de oportunidad, mínima intervención, extrema ratio, igualdad -si por ello se entiende el sufrir un proceso que también sufrirán todos aquellos que hagan lo mismo, cosa más que improbable-, ni siquiera está exento del componente azaroso, pues eso está en relación directa con la eficacia de la Policía, o cualquier otro método de persecución, y la suerte del delincuente; y nada de eso será “intervención mínima”, sino intervención posible, limitada por la naturaleza de las cosas sociales, y poco más. Sí es cierto, no obstante, que los esfuerzos de la doctrina penal por reconducir al sistema punitivo a los postulados del Estado de Derecho (social y democrático) son mucho más antiguos y persistentes que los de los administrativistas, sin entrar en las razones, que a buen seguro existen. La preocupación por las garantías que, más allá del elemental condicionamiento de la legalidad, han de ser respetadas en la actuación administrativa sancionadora está todavía esperando una completa elaboración, y, por lo tanto, acaso deberá la ciencia administrativa, por ejemplo, tomar posición en relación con temas como la aleatoriedad de la intervención administrativa o la intervención mínima, postulado que resulta comprensible en el derecho penal, pero casi absurdo en el derecho administrativo, salvo que se plantee como consecuencia normal de la imposible omnipotencia y omnipresencia de la Administración.

6.-

Así pues, con lo hasta ahora dicho queda, según entiendo, suficientemente claro que no es correcta ni obligada la idea de la traslación automática de todas las reglas y principios generales del derecho penal a la actividad sancionadora de la Administración, a pesar de que alguna declaración del Tribunal Constitucional, fruto de un loable propósito garantista, que implícitamente denuncia la falta de una adecuada formulación jurídico-positiva “esencial” para esa actividad, haya manifestado la necesidad de respetar las garantías que “lato sensu” se acuñaron en el derecho penal.

No obstante, la comparación entre los dos modos de sancionar es inevitable, con independencia de que se trate de principios penales “prestados” a falta de otros propios que justificarían las diferencias. Lógicamente, el observador de estas cuestiones se pregunta, por ejemplo, si acaso el derecho penal puede y debe respetar el desconocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de conducta adecuada y el derecho sancionador, en cambio, está dispensado de hacerlo. A ello se debe añadir la ya mencionada carga adicional provoca por la frecuencia con la que se considera al derecho sancionador como un instrumento adecuado para la despenalización, lo que conlleva, como anteriormente dije, una preocupación por no confundir “despenalización” con “aligerar garantías”. Ambos sistemas forman parte del derecho público represor, y ese engarce común debe dar lugar, por lo menos, a un razonable equilibrio. Por eso, y no por otro motivo, se ha de acudir a algunos- la cuestión sera determinar cuántos-criterios limitadores “homogéneos” propios o prestados.

Admitido, bajo esas condiciones, que el derecho sancionador ha de tomar y respetar al menos parte de los principios penales, aun dejando claro que eso no arrastra una consecuencia de identificación y confusión de naturalezas, veamos ahora qué principios pueden aplicarse y con qué alcance.

7.-

Evidentemente el problema de la aplicación de principios penales al campo de la actividad sancionadora de la Administración resultaría sencillo si la correspondiente norma sancionadora administrativa hiciera remisión expresa al Código penal como criterio para la solución directa o subsidiaria de un problema. Pero eso sucede pocas veces y con alcance limitado (por ejemplo, lo hace el artículo 57 de la Ley de Régimen Local, que remite al plazo fijado en el Código penal para las faltas para la determinación del plazo de prescripción de las infracciones a Ordenanzas municipales), quedando sin decidir un importante número de problemas.

También se ha suscitado la posibilidad de acudir al derecho penal cuando la aplicación de un principio de ese derecho resulte beneficioso para el sancionado, usando así de una analogía “in bonam partem”. Pero ese camino tropieza con dos pequeños inconvenientes: que el derecho penal muchos niegan la posibilidad de reconocer la aplicabilidad de cualquier clase de analogía, por mor del estricto sometimiento a la legalidad -tesis que, de paso, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de regular el tema de la analogía in bonam partem en el derecho penal-, y que en el derecho

sancionador, si la norma no lo dice expresamente (en cuyo caso sería un supuesto de reconocimiento del carácter supletorio del derecho penal) tampoco parece fácil flexibilizar la fuerza de la ley, ya que en el campo general del derecho público ésta se plantea con un rigor muy superior al que tiene en el derecho privado.

Renunciando pues, al menos en una medida importante, a la esperanza de que sea la propia norma sancionadora la que acoja expresa o tácitamente los principios penales, nos enfrentamos a la cuestión que el el objeto constante de todas estas páginas: las declaraciones del TC en orden a la conveniencia de respetar los principios penales - ya me he referido a la dificultad de precisión que tiene ese concepto de “principios”- ¿cómo se traduce en la práctica?.

Podríamos descartar de entrada, si se quiere limitar, la aplicación de los principios penales de raíz histórica y dogmática pero difícilmente basables en la Constitución. Pero entonces tendremos que rechazar, por ejemplo, la utilidad de las reglas de interpretación y solución del concurso de normas penales (subsidiariedad, especialidad, consunción), pues esas técnicas son creación pura de la dogmática.

Ciertamente, la posición jurisprudencial se limita a recomendar la aplicación de los principios penales que hayan de tenerse como consecuencia evidente e indiscutible del sometimiento del derecho punitivo al Estado social y democrático de derecho, pues esos principios serían determinantes para la totalidad del derecho represivo. Pero como ya dije antes, esos principios, si nos centramos en los expresamente recogidos en la Constitución -legalidad, presunción de inocencia, no arbitrariedad-, son realmente pocos. Y lo que es más grave: ciertos principios casi esenciales para la ciencia penal no son fácilmente enclavables en la Constitución, salvo por la vía filosófico-jurídica de su coherencia con la idea misma de Estado social y democrático de derecho, o de complejas derivaciones interpretativas de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo: la culpabilidad como manifestación del principio de igualdad (tratar desigualmente lo desigual), el dogma del hecho como parte de la seguridad jurídica, la proporcionalidad de las penas como incompatible con los castigos crueles o degradantes, y así sucesivamente. Pero ese es un camino, sin duda, inseguro, al menos mientras el TC no se pronuncie expresamente sobre la cuestión.

Naturalmente, la consecuencia más significativa para el tema que nos ocupa es la dificultad que existe para invocar, en la aplicación del derecho sancionador administrativo, principios penales que no estén claramente declarados en la Constitución. Esa dificultad se transformará en pura y simple imposibilidad cuando se enfrenten con declaraciones expresas de la

norma sancionadora que los contradiga. Así podrá suceder que una norma sancionadora, por ejemplo, desprece la diferencia entre actuación intencional y conducta negligente, cosa que nunca podría hacer el derecho penal, sin que se pueda forzar la interpretación de la misma en nombre de contradicción o desviación.

Pese a ello, y como es lógico, nos resistimos todos a renunciar a un conjunto de ideales o límites del derecho represivo que consideramos son conquista política y expresión de un desarrollo social y cultural. El esfuerzo de la dogmática penal no es un mero alarde de sutileza técnica, sino algo más profundo, y por eso se ha de meditar cuidadosamente antes de rechazar sus aportaciones, ya que la dogmática penal es la única que ha elaborado unos criterios de aplicación del derecho represivo del Estado, y no lo ha hecho por la “belleza” y armonía del sistema jurídico, sino en pos de una armonización profunda con los derechos y garantías constitucionales, e incluso con el carácter del Estado como Estado social de derecho.

Si queremos enumerar esos logros de la ciencia penal tendremos que referirnos, además del principios de legalidad y sus manifestaciones, a los siguientes:

a) concreción del hecho y prohibición de ser sancionado por hechos anteriores o por una manera de vivir o línea de conducta (dogma del hecho)

b) reconocimiento del desvalor de acción (dolo, culpa) como algo que debe ser objeto de expresa valoración en cada decisión represiva, incluyendo, por supuesto, y como cuestión previa, la prohibición de la responsabilidad objetiva.

c) el derecho penal español ha tardado en contar con una regulación expresa y positiva, pero por fin dispone de una norma que establece los efectos penales del error de tipo y el de prohibición, según sean vencibles o invencibles, pues eso era una exigencia ineludible del principio de culpabilidad.

d) las causas de justificación y las causas de inculpabilidad (sea por inimputabilidad, sea por exculpación) se consideran también patrimonio normal y esencial del derecho punitivo, o, dicho de otro modo, éste sería inimaginable sin ellas.

e) la pena imponible no puede ser la misma para el hecho consumado que para el intentado, ni tampoco la misma para todos los partícipes en un mismo hecho.

Podríamos continuar con otros criterios o instituciones que en el derecho penal se tienen por básicas o, al menos muy importantes (reglas concursales,

remisión condicional, extinción de la responsabilidad, etc.). Pero resultaría excesivamente prolijo. Lo importante, y quizás de imposible aclaración precisa, es saber cuántos de esos criterios o ideas rectoras conviene imponer en el derecho sancionador, admitido, como tantas veces he repetido, que la diferencia de fines ha de conllevar una diferencia de criterios aplicativos, y quizás el derecho sancionador no pueda detenerse en distinguir, por ejemplo, entre dolo y culpa o entre locos y cuerdos, cuando enjuicia una infracción administrativa.

8.-

Ante la imposibilidad de examinar la vigencia de todos los principios o criterios rectores del derecho penal, veamos a modo de ejemplo algunos problemas concretos, atañentes a los principios más “significativos”, en los que se pueda apreciar la quizá inevitable diferencia entre ambos derechos.

8.1.

El principio de legalidad aparece derivado para ambos (penal y sancionador) del artículo 25.1. CE. Pero esa idea de legalidad formal tiene que ser además manifestada en el concreto modo jurídico-positivo de producirse el nacimiento de la norma aplicable, o la subsistencia de la norma ya existente. En ese sentido, el derecho penal, o la creación de infracciones y de penas, se considera por el TC parte del sistema jurídico sometida a la reserva absoluta de ley orgánica, ya que está fuera de duda que las leyes penales entrañan limitaciones de derechos en cuanto suponen prohibiciones, por más que haya quien entienda que la reserva de ley orgánica alcanza solo a las prohibiciones (conductas castigadas) y no a los castigos o penas.

Bien es cierto que el principio de legalidad penal se relaja o se resiente su rigor a causa de ciertas técnicas legislativas, como es la de la ley penal en blanco, cuya integración completa es remitida incluso, a veces, a reglamentos, cosa que no debiera hacerse; y también puede considerarse como “riesgo” teórico para el principio de legalidad, la obligada interpretación de elementos normativos, cuya significación a veces conduce a normas jurídicas y a veces a valoraciones sociales o culturales.

Pero todo eso no afecta en realidad a la vigencia de la reserva de ley orgánica, sino que, a lo sumo, y no es poco, sirve para traer a colación los problemas potenciales que residen en la, por otra parte, imprescindible

función del arbitrio judicial en la interpretación de las leyes. En cambio, en el derecho administrativo sancionador se dice que debe haber también reserva legal, estricta tipificación, y reconocimiento del “ne bis in idem”, prohibición de la retroactividad mas a esos postulados teóricos se oponen alteraciones o excepciones: plasmadas en las siguientes manifestaciones:

- la legalidad se resuelve apreciándola allí donde una norma, cualquiera que sea su rango, declare sancionable una conducta o acción.

- la técnica de tipificación es realmente muy distinta de la usada en las leyes penales, y es fácil observar en el derecho sancionador descripciones genéricas de conductas sancionables, cuando no se contenta con declarar la capacidad sancionadora de un determinado órgano o autoridad en todo aquello que estime oportuno en defensa de una misión de orden o tutela, lejos pues de los ideales que encerraba la máxima “nullum crimen sin lege stricta”.

- en el derecho sancionador administrativo es común, por influencia de García de Enterría, trazar una separación entre aquellos sujetos que se relacionan con las Administraciones públicas como simples ciudadanos y aquellos otros que se ven atados a ella por una particular relación de dependencia, servicio, control, etc. Se habla partiendo de ello, de relaciones de “supremacía general” y de “especial sujeción”.

Tales distintos modos de relación se traducen, en el campo de las infracciones, respectivamente, en la diferenciación entre “derecho sancionador administrativo” y “derecho disciplinario”, diferencia que es mucho más que una simple clasificación sin mayor alcance.

También en el derecho penal puede hacerse una distinción parecida, entre delitos comunes y ciertos delitos especiales que sólo pueden cometer determinadas personas (por ejemplo, los delitos de funcionarios. Pero en el derecho penal los delitos de funcionarios no reciben, en cuanto a la estructura técnico-jurídica y a la conformación legal, un tratamiento diferenciado de los otros delitos, mientras que el derecho disciplinario administrativo acepta unos criterios que lo distinguen y separan del derecho sancionador común. Tal peculiaridad (reconocida por el TC) se plasma en una mayor impermeabilidad a los principios del derecho penal, o, dicho de otro modo, acepta una relajación más amplia de garantías.

No obstante, y antes de proferir absurdas protestas, se tiene que tener en cuenta que en esas relaciones llamadas de “especial sujeción” (por ejemplo, la de un funcionario público respecto de sus superiores jerárquicos) concurren dos clases de vínculos: los esenciales descriptivos de la función pública (ley de funcionarios, reglamento disciplinario), que indudablemente exigen

cobertura de legalidad, y los concretos y funcionales de la actividad ordinaria del servicio u órgano, en el cual lógicamente alguien deberá ejercer la potestad de mando y orientación del trabajo o del servicio, sin que se pueda recabar un omnicomprendivo sometimiento de todas y cada una de las cuestiones a un marco específico de estricta legalidad, sin perjuicio, por supuesto, del deber constitucional de no apartarse (la Administración de que se trate) de los fines que le sean propios. Por lo tanto, es comprensible que fuentes menores (circulares, órdenes comunicadas, etc.) puedan bastar para conformar obligaciones que se han de atender, y exigir otro cosa conduciría a una segura esclerosis.

8.2.

La exclusión de la responsabilidad objetiva, la justificación y la culpabilidad son sin duda alguna ideas basilares del derecho penal, y no es necesario, por sabido, insistir en ello. La cuestión es saber si el derecho sancionador va a exigir dolor o culpa y a admitir causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad o puede ignorarlas.

En cuanto a las causas (penales) de justificación creo que es fácil convenir que entrañan, cuando se producen, y prescindiendo de discusiones dogmáticas sobre la diferencia entre exclusión de antijuricidad, justificación excepcional, y corrección jurídica, una conducta formalmente “positiva” para el derecho. Por lo tanto, y sin necesidad de que así lo manifieste expresamente el derecho sancionador, estimo de todo punto inaceptable que la realización de una conducta amparada por el derecho, que no puede dar lugar a responsabilidad penal, pudiera provocar la imposición de una sanción administrativa. Los ejemplos son múltiples (así, quién en estado de necesidad, para llevar urgentemente a un herido al hospital, utiliza un coche de matrícula extranjera, cuya utilización tiene prohibida en España, o lo hace con el permiso de conducir caducado) y todos conducen a la misma conclusión, la falta de sentido de la sanción administrativa.

Más compleja es la cuestión en lo que atañe a la exclusión de culpabilidad. Esta puede proceder de falta de imputabilidad (presupuesto de la culpabilidad) o de ausencia de conciencia de la antijuricidad (error de legitimación o de prohibición), o de imposibilidad de exigir una conducta diferente.

Sin duda los enajenados, menores, inadaptados profundos, afectados por miedo insuperable, vinculados por obediencia debida prescindo de la polémica sobre la existencia misma de esta eximente pueden cometer infracciones administrativas de toda índole. La cuestión es pues decidir si tiene o no sentido la imposición, por ejemplo, de una multa al loco o al menor. Ciertamente no se les podría imponer una pena de multa, sino que,

en su caso, se les sometería a alguna especie de medida de seguridad. Esa sustitución por medida es inviable en el derecho sancionador, más no por eso hay que regresar a la imponibilidad de la sanción, sino convenir en que la falta de imputabilidad de la sanción, sino convenir en que la falta de imputabilidad hace que el sujeto sea incapaz de comprender o de respetar los mandatos y prohibiciones del derecho (y no solo del derecho penal), y por lo tanto no hay necesidad alguna de que la Administración “afirme su autoridad” ante esa persona concreta, al margen de que pueda, si es procedente, comunicar a padres, tutores, guardadores o al Ministerio Fiscal lo sucedido para interesar la incapacitación o para controlar más al incapacitado si ya lo estuviera. Pero lo importante es admitir que desaparecen o decaen las exigencias de prevención general, indudablemente concebidas para el derecho penal, pueden extenderse al derecho sancionador en la medida en que éste último reposa de manera clara en la finalidad de “ordenación de las conductas públicas imponiendo la autoridad de la Administración”.

Más complicado resulta encajar en el proceso de imposición de la sanción administrativa un momento valorativo dedicado al posible error o a la eventual inexigibilidad de conducta. De la Constitución, por mucho que nos esforcemos en buscar un engarce sólido para el principio de culpabilidad -al margen de algunos penalistas entendamos que puede entroncarse con el derecho a la igualdad, y que, además, es una condición “axiológica” del derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho-, es difícil derivar una “exigencia general” para todo el derecho represivo. Las sentencias que han declarado esa necesidad de respetar las “garantías penales” en la imposición de sanciones administrativas tampoco han entrado en una precisa y concreta descripción de todas esas garantías, incluyendo la culpabilidad entre ellas, y, menos aun, en especificar que alcance y contenido se confiere a la culpabilidad, lo que es una cuestión doctrinal debatida. En este sentido, la STC de 4-7-1991 declara que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad, pero se desconoce a qué clase de culpabilidad se refiere.

Algunas declaraciones positivas del TS parecen pensar en la concepción psicológica de la culpabilidad, con lo cual el traslado de la garantía se reduciría exclusivamente a la exigencia de dolo o culpa con prohibición de la responsabilidad objetiva. Es bastante razonable, si se tiene en cuenta que en España rigió la responsabilidad objetiva hasta 1983 incluso en el derecho penal, por lo tanto, el paso garantista puede atender sólo a esa exclusión. Además, el TC, que no ha entrado en explicar en qué consiste la culpabilidad (tampoco sería, quizás, misión suya) sí ha proclamado la prohibición de la responsabilidad objetiva (26-4-1990, y el TS en S.10-1-89).

Para muchos, además, no se puede pedir más, pues de añadir el conocimiento de la prohibición sería inviable la aplicabilidad del derecho sancionador dada la selva administrativa. Esta última cautela creo que puede relativizarse, pues en muchas parcelas de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas (urbanismo, tributos, hostelería, espectáculos, orden ciudadano, tráfico, caza, pesca, vertidos, etc.) el conocimiento de los reglamentos no es en modo alguno inferior al conocimiento de los mandatos y prohibiciones que pueden dar lugar a la comisión de delitos.

La exigencia de dolo o culpa parece pues unánime. Pero no hay que extraer conclusiones precipitadas, puesto que no creo que se trate de una consecuencia de transportar la estricta teoría de dolo y de la culpa elaborada en el derecho penal. Y ello por algunas buenas razones:

- porque el dolo y la culpa no son sólo predicados exigibles de las conductas relevantes para el derecho penal, sino que se presentan como elementos consubstanciales a cualquier conducta humana que haya de tener relevancia personal para el ordenamiento jurídico, público o privado.

- porque el derecho penal español concibe la imprudencia siempre como una “producción de resultado” como fruto de la infracción de la norma de cuidado y del cuidado personal exigible al sujeto. En cambio, una infracción administrativa puede consistir en una simple conducta sin resultado material (por ejemplo, exceso de velocidad o estacionamiento indebido), y en esos casos la negligencia se apreciaría con un fundamento fáctico mucho más pequeño, prescindiendo de la “aptitud causal” para provocar consecuencias.

8.3.

Advertido eso podemos contemplar la difícil vigencia de los otros elementos que componen la llamada “garantía de culpabilidad”. En relación con el conocimiento de la antijuricidad basta leer la jurisprudencia, e incluso la doctrina, administrativa para apreciar que esa expresión apenas se utiliza, del mismo modo que se prescinde totalmente de toda reflexión sobre la posibilidad de actuar de otro modo que hubiera tenido el sujeto (exigibilidad de conducta adecuada). Las genéricas e imprecisas alusiones a la buen fe o a no observar la debida diligencia, prescindiendo de neto aroma jurídico-civil que tienen, no suplen ni sustituyen todo aquello que la ciencia penal recoge bajo el manto del conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de conducta.

Indudablemente eso conduce a un lugar común casi nunca discutido, y al que ya antes me he referido, cual es la coincidencia, algo irreflexiva, en no admitir la relevancia del desconocimiento de la antijuricidad en la apreciación de infracción administrativa. La cuestión, así planteada, exige

lógicamente una toma de postura, que descansa, a mi modo de ver, en las siguientes apreciaciones:

- es verdad que no disponemos de un precepto similar al artículo 14 del CP dedicado a la regulación -lo que una vez más pone de manifiesto las graves consecuencias que genera la falta de una preceptiva general aplicable a las sanciones administrativas-caso sea cierto pero de esa ausencia no puede derivarse la demostración de lo contrario, esto es: la indiferencia del conocimiento.

- evidentemente, el Estado de derecho social y democrático necesita imponer una regulación de la vida colectiva y de las obligaciones de los ciudadanos frente a la colectividad. Mas no por eso la Administración Pública puede llegar a declarar indiferente el conocimiento siquiera “potencial” de las reglamentaciones sancionadoras.

- siendo así imprescindible, por tratarse de un derecho ligado a la dignidad política misma, es comprensible y exigible que, aunque hoy no haya regulación, en el proceso de imposición de la sanción administrativa haya que dejar espacio para la valoración de la ignorancia, el error de prohibición y el error sobre la legitimación, corresponda esa valoración a la autoridad administrativa sancionadora o al órgano jurisdiccional que haya de tutelar la corrección jurídica de las decisiones de la Administración.

Algo similar ocurre con la exigibilidad de conducta adecuada.

La comisión de una infracción administrativa en situación penal de estado de necesidad, por ejemplo, no debiera producirse, o, dicho de otro modo, esa imposición tendría que ser revisada, pues de lo contrario caeríamos en el absurdo de excusar la conducta típica-penal y no la infracción que a la vez o en circunstancias análogas se cometiera.

8.4.

El problema de la “personalidad de la pena”, que en derecho penal conduce a negar la capacidad penal de las personas jurídicas, se plantea de muy diversa manera en el ámbito de la sanción administrativa, que es perfectamente imponible a personas jurídicas, siendo eso otra palpable demostración de las diferencias entre el derecho sancionador y el derecho penal. El intento de alguna persona jurídica de impugnar una sanción en nombre del principio “societas delinquere non potest” ha sido ya rechazado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Y aún más: en derecho penal una consecuencia accesoria (como es, por ejemplo, la prohibición de actividades o la disolución) es compatible con la imposición de la pena a personas físicas por los delitos cometidos al abrigo de personas jurídicas, ya

sea construyendo la autoría a través de la teoría del dominio del hecho, ya sea mediante la aplicación de la regla incriminadora de la actuación en nombre de otro. En cambio, en el derecho sancionador administrativo la responsabilidad frente a la sanción es directamente, y muchas, veces, exclusivamente, de la persona jurídica. Quizá pueda decirse que el derecho sancionador no ha caído en la “trampa” de la incapacidad de obrar que le concede el derecho penal, o bien que considera a la persona jurídica sujeto de derechos, obligaciones y sanciones. Sea como fuere es perfectamente coherente que del mismo modo que las personas jurídicas son sujetos ante la Administración también puedan cometer infracciones, sin perjuicio de que determinadas infracciones administrativas solo las pueda cometer, materialmente, una persona física.