Universidad de La Laguna
Facultad de Derecho

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/ 2018
Convocatoria: Julio

¿HASTA QUÉ PUNTO ES SOCIALMENTE NECESARIO EL DERECHO PENAL?

How far is criminal law socially necessary?

Realizado por el alumno/a Dª. Cristina Hernández Méndez

Tutorizado por el Profesor/a D. Antonio Marcelo Domínguez Vila

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho

Área de conocimiento: Derecho Constitucional

ABSTRACT
There lacks the sanctioning administrative law of a few governing beginning of intervention, for what nowadays it works in worse conditions that the criminal law. They save themselves the most serious reactions for the Criminal law, on not having been able the administrative sanctions take ready privations of freedom. Chasing both systems the same ends of prevention and guarantee. The State comes to the Criminal law as more serious and restrictive way of the freedom. In the last decades there has taken place a considerable increase of the sanctioning power of the Administration, though insufficient. The criminal law is called to detach in the fight against the corruption a subsidiary paper, more complementary than protagonist.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)
La dualidad existente entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador viene consagrada en la Constitución de 1978, llevándose a cabo la potestad sancionadora de la Administración de forma paralela a la potestad penal de los tribunales de justicia. Pero carece este derecho administrativo sancionador de unos principios rectores de intervención, por lo que actualmente funciona en peores condiciones que el derecho penal, debido a la forma en que se ha desarrollado históricamente nuestro derecho administrativo sancionador. Recoge la Constitución las dos manifestaciones distintas del sistema jurídico-sancionador, considerando algunas conductas como infracciones administrativas o calificándose como delitos y faltas, reservando las reacciones más graves para el Derecho Penal, al no poder las sanciones administrativas llevar aparejadas privaciones de

libertad. Persiguiendo ambos sistemas unos mismos fines de prevención y garantía. Acude el Estado al Derecho penal como medio más grave y restrictivo de la libertad, es decir como última ratio, cuando otros medios menos restrictivos de derechos sean insuficientes, ya que uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico es la libertad.

En las últimas décadas ha tenido lugar un aumento considerable del poder sancionador de la Administración, aunque insuficiente, puesto que, en materia de delitos medioambientales, urbanísticos o de prevaricación administrativa, el Derecho penal debe ocuparse únicamente de las transgresiones más graves y flagrantes de la legalidad, es decir, la pena debe ser el último recurso. Ya señala nuestra doctrina que el derecho penal está llamado a despegar en la lucha contra la corrupción un papel subsidiario, más complementario que protagonista.

Universidad de La Laguna
Facultad de Derecho

ÍNDICE

Introducción……6

1. El tratamiento de la distinción entre derecho penal y derecho administrativo en España:

1.1 Derecho penal y sistema jurídico-sancionador……9

2. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador:

2.1 El concepto de sanción de la teoría general del derecho……12

2.2 Las sanciones administrativas como actos punitivos……..13

2.3 El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración……14

2.4 Diferencias entre las penas y sanciones administrativas. ……..…15

2.5 Derecho penal como última ratio……...…16

3. Inexistencia de diferencias sustanciales o cualitativas entre la infracción administrativa y la infracción penal……...18

4. De la huida del Derecho administrativo a la huida al Derecho Penal: ……...21

4.1 Concreción del modelo de intervención penal de cara a su posterior traslación al derecho administrativo sancionador……...…22

4.2 La expansión del Derecho Administrativo sancionador y las garantías de la despenalización. ……..…23

4.3 Cambios de perspectiva: la <<administrativización>> del Derecho penal….…25

4.4 Algunas causas de la expansión del Derecho penal……30

5. Los límites constitucionales del poder sancionador de la Administración…….31

6. La adopción del concepto unitario del ius puniendi en la jurisprudencia española:

6.1 Los primeros pasos del Tribunal Supremo……..…32

6.2 La consolidación del concepto unitario de ius puniendi en España por el Tribunal Constitucional. ……...…34

7. Nociones básicas sobre el derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del TC:

7.1 El derecho administrativo sancionador como una manifestación -junto al derecho penal- del ius puniendi del estado……36
7.2 La noción de sanción en la jurisprudencia del TC……...……37
7.3 La identidad sustancial entre la infracción administrativa y el delito según la jurisprudencia del TC. ……46
7.4 El carácter excepcional de los poderes sancionatorios de la administración conforme a la jurisprudencia del TC……...47
8. Conclusiones……52
9. Bibliografía…..……55

INTRODUCCIÓN

El desamparo del Derecho administrativo sancionador en relación con su parte general puede solucionarse a través de la aplicación de la parte general del Derecho penal comprendida en el Código Penal vigente y las construcciones doctrinales elaboradas respecto a la parte general del Derecho penal.

Podríamos decir que el Derecho administrativo sancionador puede estimarse como un descendiente anormal del Derecho penal puro. Podría decirse también, sin embargo, como bien apunta Díaz Fraile, que "el Derecho sancionador administrativo más que un hijo bastardo del Derecho penal es un hermano gemelo que nace de la misma fuente, pero se desarrolla de forma independiente y paralela, con sus propias técnicas y principios […]"[1], aunque en la actualidad se admite que el ilícito penal y el administrativo poseen una misma identidad sustancial y por lo tanto deben obedecer a los mismos principios.

En la vigente Constitución española de 1978 se consagra esta dualidad entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, donde se admite la legitimidad constitucional de la presencia del Derecho administrativo sancionador y de la potestad sancionadora de la Administración (vid. Artículos 25 y 45.3 de la Constitución). Tras la promulgación de la Constitución, la doctrina ha considerado que la potestad sancionadora administrativa solo podría compaginarse con la reserva de jurisdicción en favor de los tribunales recogidos en el artículo 117.3 de la constitución, entendiendo dicha potestad administrativa con carácter únicamente auxiliar de la función judicial. Pero ello se ha demostrado insostenible con el paso del tiempo, ya que hoy en día la potestad sancionadora de la Administración se lleva a cabo de forma paralela a la potestad penal de los tribunales de justicia, careciendo de límites materiales definidos que no sean la prohibición recogida en el artículo 25.3 de la CE, que impide a la Administración civil la imposición de sanciones administrativas privativas de libertad.

Es preciso interceder por un grupo de criterios básicos que sirvan de delimitación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Debemos decantarnos por una

[1] DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador: análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (Atelier), Barcelona, 2016, pág. 51-57

determinada concepción de los dos sistemas sancionadores valorados en su conjunto, de la forma en la que intervienen e interrelacionan, ya que de lo contrario la búsqueda de elementos diferenciadores entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador no puede emprenderse con éxito.

En cuanto al derecho penal, es muy limitada en la actualidad la política criminal que se lleva a cabo, ya que no se ha conseguido ir más allá de la formulación de los principios básicos de intervención de dicho sector de control.

Aunque ello pueda parecer poco, si realizamos una comparación con el derecho administrativo sancionador, resulta indudablemente un importante avance. Se puede comprobar que dicho sector del ordenamiento actualmente está funcionando en peores condiciones que el derecho penal, porque no cuenta, aunque sea con unos "principios rectores de intervención".

Por ello, no sabemos con exactitud qué es lo que tiene que proteger esta rama del derecho. En el caso de que el derecho administrativo sancionador entre en juego, contamos con un conjunto de garantías más o menos elaborado por la jurisprudencia (en especial por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos).

La forma en que se ha desarrollado históricamente nuestro derecho administrativo sancionador ha influido mucho a la hora de que el sistema de derecho administrativo sancionador esté en la actualidad funcionando sin unos principios rectores de intervención. Según Rando Casermeiro[2], "hay común acuerdo en que esta rama del ordenamiento punitivo ha pervivido de espaldas a los principios constitucionales propios del estado social y democrático de derecho. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador constituye un poder fáctico, en el sentido de un poder represivo que todas nuestras constituciones históricas excepto la actual se han empeñado en negar-estableciendo el monopolio judicial del ius puniendi- pero que sin embargo ha logrado subsistir al margen de las bases organizativas de la convivencia social propias del estado liberal y, en concreto, del sistema de ejercicio y límites de la violencia estatal […]".

[2] RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, (Tirant lo Blanch), Valencia, 2010, pág. 143-147

El constituyente español de 1978 se encuentra con este legado, y como así considera el autor Rando Casermeiro, debe ser la causa que originó el reconocimiento de la potestad sancionadora de la administración, que se recoge en el actual art. 25 de la Constitución. Ante un poder tan extendido no podía ignorarse de nuevo haciendo referencia únicamente a la exclusividad de los jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia penal, técnica que había sido la utilizada por nuestras constituciones hasta la de 1978.

Por lo que parecía que lo mejor era mencionarlo en el texto constitucional, evitando su extralimitación, siendo el ejemplo más relevante la prohibición constitucional de que la administración pueda imponer penas privativas de libertad, algo que era frecuente incluso en la etapa predemocrática más cercana.

El recelo hacia el poder sancionador de la administración es lo que produce un pronto traslado de todas las garantías posibles desde el sector penal al administrativo. Pero ello no ha impedido que aún la potestad sancionadora de la administración siga careciendo de unos límites constitucionales concisos, y de una definición unánime de sus objetivos. Equiparando todo lo que fuera posible el derecho administrativo sancionador al derecho penal lo que se pretendía era corregir cuanto antes los excesos punitivos del poder ejecutivo. Rando Casermeiro[3] dice en su obra que "el derecho administrativo sancionador está tan expandido a la llegada de la democracia que parece imposible prescindir de él. Pero tampoco se sabe muy bien cómo legitimarlo […]". Mientras es resuelta esta cuestión debemos tener claro que es indispensable para el estado de derecho que se trasladen las garantías penales al ámbito administrativo.

[3] RANDO CASERMEIRO, P., *ob.cit.*, pp.143-147

❖ *EL TRATAMIENTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA*

Derecho penal y sistema jurídico-sancionador

Las conductas más graves y el uso de mecanismos de reacción más graves son características fundamentales del sistema jurídico-sancionador como sistema de control social de reacción.

Este sistema se encuentra regulado en el artículo 25 de la Constitución, el cual recoge dos manifestaciones distintas: considerándose algunas conductas como infracciones administrativas (Derecho Administrativo sancionador), o calificándose como delitos y faltas (Derecho Penal). En el apartado tercero del mismo artículo se establece un orden jerárquico entre las relaciones propias de las dos manifestaciones, reservando las reacciones más graves para el Derecho Penal, ya que las sanciones administrativas no pueden llevar aparejadas privaciones de libertad, siendo estas reservadas para las penas y medidas de seguridad. Navarro Cardoso[4] en su obra ha señalado que "[…]esta interpretación, llevada a cabo en su momento por el Tribunal Supremo (significativamente, en las sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972), fue avalada por el Tribunal Constitucional desde que entró a conocer de las relaciones entre ambas manifestaciones, siendo claro exponente las sentencias 2/1981, de 30 de enero y 18/1981, de 8 de junio. Señala esta última, en expresión que ha hecho fortuna en la literatura jurídica española, que <<[…] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, […] hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad>>".

[4] NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, (Colex), Madrid, 2001, pág. 23-28

Ambos sistemas, tanto el administrativo sancionador como el penal, persiguen unos mismos fines, un fin de prevención previniendo ciertas conductas ilícitas, y un fin de garantía garantizando la libertad del individuo.

El carácter unitario del sistema sancionador tiene como consecuencia que deben tutelar lo mismo. Por ello, el criterio de demarcación de lo que ambos protegen deben ser el mismo. Para la delimitación de un bien jurídico deben tenerse en cuenta unos parámetros comunes a ambos, al tutelar tanto el derecho administrativo como el derecho penal bienes jurídicos. Como consecuencia de ello, tal como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 antecitada, un mismo bien jurídico puede ser tutelado por uno u otro orden jurídico.

Navarro Cardoso[5], en su libro recoge múltiples ejemplos que muestran este carácter unitario del sistema sancionador respecto de la tutela de los bienes jurídicos. "[…] puede citarse la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo por todos conocidas las sentencias de 8 de junio de 1976 (asunto Engel y otros), de 21 de febrero de 1984 (asunto Öztürk), de 28 de junio de 1984 (asunto Cambell y Fell), de 22 de mayo de 1990 (asunto Weber), de 27 de agosto de 1991 (asunto Demicoli) y de 24 de febrero de 1994 (asunto Bendenoum). Todas ellas, más allá del caso concreto y, por tanto, de los matices pertinentes, proclaman la identidad material de las infracciones administrativas y de las infracciones penales."

El artículo 45.3 de la Constitución recoge que se establecerán sanciones penales o, en su caso administrativas contra quienes atenten contra el medio ambiente. Este ejemplo de la tutela del medio ambiente muestra el tema de los <<mandatos constitucionales de penar>>, de los cuales podemos señalar sobre los mandatos expresos, que la indispensable valoración político-criminal de la necesidad y merecimiento de protección jurídico-penal se ha efectuado ya por el legislador constitucional. Los derechos fundamentales son fundamento del orden político y de la paz social, por lo que la normativa que se refiera a ellos debe interpretarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y cuantos tratados y acuerdos internacionales haya suscrito España en la materia (artículo 10.2 de la Constitución). Ante el mandato expresado en la

[5] NAVARRO CARDOSO, F., *ob. cit.,* pp. 23-28

norma constitucional, el legislador está obligado a ejecutar lo ordenado constitucionalmente, ya que si no fuera así estaría usurpando una función que no le corresponde, convirtiéndose así en poder constituyente.

Por otro lado, es diferente si los mandatos son exclusivos y excluyentes, en los que no cabe una intervención distinta a la penal. Según Carbonell Mateu, <<la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal: ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático la tutela penal del bien jurídico […] ha de ser ésta interpretada como una exclusiva actuación del ordenamiento punitivo>>. Una de las manifestaciones del principio de intervención mínima consiste en que el mandato expreso constitucional de penar conlleva el deber de seleccionar las conductas más graves e intolerantes y conminarlas con una pena. Pudiendo otras conductas que sean también graves, pero menos lesivas, ser objeto de una sanción administrativa.

En los mandatos tácitos debemos recordar que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, del Texto Constitucional se deriva la obligación implícita de tutelar la vida en formación, aunque son por todos conocidas las consideraciones relativas a este extremo expuestas en algunos de los votos particulares contenidos en la citada resolución.

Ello pone de manifiesto el problema de la falta de regulación de tales mandatos por el legislador.

Otro ejemplo que señala Navarro Cardoso en su libro es el que se extrae del ámbito comunitario, “en donde se observa una creciente demanda sancionadora proveniente de los órganos de la Comunidad Europea, los cuales, de manera consciente, no concretan la exigencia de sanciones administrativas o penales contra los comportamientos que atenten contra sus intereses, especialmente en materia económica, dando libertad a sus miembros en orden a dicha concreción.”

En materia de seguridad del tráfico rodado, tras haber sido acusado de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la sentencia penal absolutoria se da traslado a la

Dirección Provincial de Tráfico, por si se tratara de un hecho constitutivo de infracción administrativa.

El proceso de socialización tiene que estar regulado por normas de conducta y sanciones ante la posibilidad de su incumplimiento. Una organización social desarrollada tiene que estar dotada de un sistema que posibilite la prevención de conflictos, así como de solucionarlos cuando éstos se produzcan. Por ello, los sistemas de control social deben responder a un mismo sistema de valores que fundamentado en los derechos fundamentales se consagra en la Constitución, ya que ésta << […] debe ser considerada materialmente como expresión consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad y como expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social>>. Podemos destacar el sistema jurídico-sancionador recogido en el artículo 25 de la Constitución, que tiene dos manifestaciones, el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. Éstos comparten los objetos de tutela, siendo un claro ejemplo la ordenación del territorio, para cuya protección se establecen infracciones administrativas e infracciones penales.

- ***EL CONCEPTO DE SANCIÓN Y LOS LÍMITES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.***

<u>El concepto de sanción de la teoría general del derecho.</u>

Para autores como Kelsen o Bobbio, forman parte del concepto de sanción el deber de resarcir el daño causado o el ejercicio de la coacción. Incluso consideran sanción la invalidez de los actos jurídicos, a lo que se opuso rotundamente Hart.

Las sanciones están vinculadas a la vulneración de una norma obligatoria de conducta, y no solo a un simple incumplimiento, una situación anómala o la causación de un daño. Las sanciones son un castigo por el incumplimiento del deber de conducta, no son una reacción desfavorable cualquiera. Por tanto, como señala Bauzá Martorell[6], "puede afirmarse que las sanciones tienen como presupuesto el incumplimiento de una norma de conducta y castigan o punen la infracción de dicha norma. Son una reacción a una conducta ilegal, a una infracción que el Estado trata de orientar, disuadir o desalentar.

[6] BAUZÁ MARTORELL, FJ., *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, (Wolters Kluwer, Bosch), Barcelona, 2017, pág. 209-212.

Su finalidad es punir o castigar el incumplimiento de conducta, no eliminar los efectos de dicho incumplimiento".

En lo que respecta a las medidas de restablecimiento de la legalidad (por ejemplo, el cierre de un local que no cumple las medidas de seguridad o la inmovilización de un vehículo que no ha pasado la ITV), el supuesto de hecho es una situación de hecho que el ordenamiento jurídico estima que ha de ser eliminada, y no el incumplimiento previo de un deber por quien ha de soportar la fuerza.

En el caso de la responsabilidad por los daños estamos ante la obligación de reparar el perjuicio causado para intentar dejar al perjudicado en la posición más parecida en la que se encontraba antes de sufrirlo, no estamos ante un castigo o punición, ni se infringe una norma de conducta. Aquí lo que importa es el daño del que se ha de responder sin que sea necesario que haya dolo o culpa.

Bauzá Martorell recoge que " […]las sanciones administrativas se someten a unas exigencias (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, prescripción, derechos en el procedimiento, etc.) que no son necesarias (o no lo son en la misma medida) en otras instituciones, pues, como ha dicho el propio TC, esas garantías recogidas en los arts. 24 y 25 CE <<únicamente resultan aplicables a medidas que respondan verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado o tienen un verdadero sentido sancionador>>".

En la Constitución se distingue las sanciones administrativas de otras medidas como por ejemplo de la responsabilidad patrimonial, cuando, en materia de medio ambiente, dispone que para quienes violen el deber de utilizar de forma racional todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

<u>Las sanciones administrativas como actos punitivos.</u>

Con la imposición de sanciones por parte de la Administración advierte el derecho en el caso de que se lleve a cabo un hecho tipificado como infracción. Se trata de castigos que el ordenamiento ha previsto para que sean impuestos por la Administración.

Ante el incumplimiento de una norma de conducta existe la consecuencia de la sanción, consistente en infligir un mal con los límites establecidos en los artículos 15 y 25.3 de la CE, consistentes en la prohibición de sanciones inhumanas o degradantes, así como la prohibición de que la Administración civil imponga sanciones privativas de la libertad deambulatoria.

Las sanciones tienen una finalidad preventiva o disuasoria de las acciones que se reprochan, a pesar de su función de punir o castigar un comportamiento, ya que es evidente que el fin de las sanciones, más que reprimir sin más o castigar a ciegas a los responsables, es prevenir la repetición de la conducta por la misma persona o por otras, así lo ha establecido el TC en numerosas ocasiones, resaltando el carácter preventivo o disuasorio de las sanciones.

El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración

El cumplimiento de las normas de conducta, en muchos sectores de intervención, está normalmente apoyado por una amenaza de sanción administrativa, así como por la imposición de una sanción penal (tráfico, medio ambiente, patrimonio histórico, urbanismo, etc.). Junto a las penas que se pueden imponer por los delitos cometidos por parte de los Tribunales, se suelen prever infinidad de normas de comportamiento cuya vulneración da lugar a la imposición de sanciones administrativas por parte de la Administración Pública competente.

La CE regula en sus artículos 25.1 y 3 y 45.3, la dualidad de sistemas punitivos, que reconoce la potestad sancionadora de la Administración.

La jurisprudencia del TS ha iniciado un proceso de aproximación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal que se rigen ambos por unos principios sustancialmente homogéneos (legalidad, culpabilidad, non bis in ídem, respecto a una serie de derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador, etc.), al considerarse ambos como dos ramas de un ius puniendi único y superior del Estado. Aunque algunos de estos principios pueden ser diferentes en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador.

La potestad sancionadora de la Administración tiene hoy en día un incuestionable fundamento constitucional, como así ha señalado Bauzá Martorell[7] en su obra, recogiendo que "es el legislador el que debe configurarla dentro de las exigencias que derivan no sólo de los arts.24.2 y 25 de la CE, sino también del poder punitivo propio de un Estado de Derecho y de la circunstancia de que ese poder punitivo lo ejerce un sujeto, la Administración, con un estatus constitucional distinto al de los Jueces y Tribunales, que por este simple dato hace que el régimen jurídico de penas y sanciones administrativas sea muy diferente".

Diferencias entre las penas y sanciones administrativas.

El primer límite esencial que debemos tener en cuenta es la previsión constitucional de que la Administración no puede imponer sanciones privativas de libertad (art. 25.3). Otra diferencia es que las sanciones penales por lo general tienen consecuencias más graves en lo que respecta a los antecedentes, ya que los penales afectan al ciudadano de forma general y no sectorial como suele ser habitual en el caso de los administrativos.

En lo que respecta a la detención, por ejemplo, también es distinto en ambos, ya que, en el caso de los delitos, puede cualquier persona detener al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, o al delincuente in fraganti (art. 490 LECr), cosa que no puede ser así cuando se trata de infracciones administrativas ya que en este caso no puede tener lugar la detención ni siquiera por los agentes de la autoridad.

Señala Bauza Martorell[8] que, "[…] Aunque el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal persiguen los mismos fines (proteger bienes jurídicos, garantizar la vigencia de las normas, etc.), lo hacen desde enfoques distintos, se rigen por principios parcialmente diversos, presentan notables diferencias tanto desde el punto de vista de la configuración de los ilícitos como desde la perspectiva general de la gravedad de las sanciones y las garantías de su imposición y, en fin, su régimen jurídico difiere por completo, pues no es lo mismo que castigue la Administración a que lo haga la Jurisdicción".

[7] BAUZÁ MARTORELL, F.J., *ob.cit.*, pp. 215-218
[8] BAUZÁ MARTORELL, F.J., *ob.cit.*, pp. 218-222

Derecho penal como última ratio

Actualmente se estima como principio jurídico incuestionable que el Derecho penal constituye o debe constituir la última ratio. El Estado únicamente debe acudir a él como medido más grave y restrictivo de la libertad, cuando otros medios menos restrictivos de los derechos de los ciudadanos son insuficientes.

El legislador debe tener en cuenta el Derecho penal, ya que como la CE señala éste debe proteger los bienes jurídicos más importantes castigando con penas graves los ataque más graves de los que éstos son objeto. Las lesiones más graves a los bienes jurídicos más importantes deben ser castigadas con penas privativas de libertad por los jueces, por ello la CE reserva al poder judicial la imposición de tales penas.

La doctrina del TC ha afirmado que de los derechos fundamentales surge un deber del Estado de fijar un adecuado sistema legal para su defensa y ese sistema legal debe incluir como garantía normas penales, como así se señala en las SSTC 53/195, 116/1999 entre otras. Los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes tienen que ser protegidos mediante las penas, según un criterio establecido en la Constitución.

Se destaca también en la CE que no se puede prescindir por completo del Derecho penal, pero tampoco impide que se pueda prescindir por completo del Derecho administrativo sancionado por parte del legislador en algunos sectores, o con carácter general, salvo en el ámbito doméstico de la Administración.

Bauzá Martorell[9] señala que "[…] el principio de ultima ratio parte de que el Estado cuenta con otros mecanismos preventivos o represivos para lograr la protección de los bienes jurídicos. Esto presupone dos cosas: la comparabilidad de la pena con dichos mecanismos y que la pena es el medio de intervención estatal más duro y severo.

El principio de ultima ratio presupone también que hay una variedad de alternativas entre las que el legislador puede optar, pero la mayor parte de ellas no constituye en realidad una verdadera alternativa a las sanciones, pues difiere la función que el Derecho les asigna y, por ello, el presupuesto de la norma que las contempla. El presupuesto de hecho de medidas como la reparación del daño o el restablecimiento de

[9] BAUZÁ MARTORELL, F.J., *ob.cit.*, pp. 222-224

la legalidad, no es tanto el incumplimiento de un mandato o prohibición cuanto la causación de un daño o la presencia de un estado de cosas que debe ser eliminado de inmediato."

Debemos decir que la responsabilidad por daños no pretende evitar la lesión de bienes jurídicos sino de reparar el daño causado (función resarcitoria o compensatoria) para intentar mantener a la víctima en la situación más parecida posible a la que tendría de no haberse producido la lesión. En el caso de las medidas de restablecimiento de la legalidad, imponen a quien en ese momento está en condiciones de poner fin al estado de cosas que se estima indeseable, que podría ser diferente a la persona que lo causó.

"Las sanciones, sin embargo, tienen una función específica y particular que no puede ser cumplida con otros sistemas de normas de carácter preventivo, resarcitorio o de restitución de la legalidad: la función de reprimir o castigar los comportamientos indeseables, lo que las dota de un efecto intimidatorio preventivo-general y especial del que carecen otros mecanismos y las convierten en un instrumento autónomo […]", recoge también Bauzá Martorell.

A pesar de que se dice que el Derecho penal o el Derecho sancionador deben ser la última ratio, la imposición de sanciones es, la mayoría de las veces, la única ratio, ya que no existe otro modo de responder ante el incumplimiento de las normas. Sigue señalando Bauzá Martorell que "[…] hay normas contra cuyo incumplimiento parece difícil renunciar a una reacción represiva o sancionadora: por ejemplo, un asesinato o violación, una consulta ilegal, no respetar un semáforo en rojo o una señal de stop, fumar en lugares prohibidos o incumplir el horario de recogida de basuras. Otras veces, las medidas sancionadoras son necesarias, pero resulta insuficientes y por eso acompañan a medidas de tipo no sancionador: por ejemplo, la inmovilización del vehículo cuando se conduce con tasas de alcohol superiores a las permitidas, o la retirada de un vehículo estacionado en un carril bus".

- ***INEXISTENCIA DE DIFERENCIAS SUSTANCIALES O CUALITATIVAS ENTRE LA INFRACCION ADMINISTRATIVA Y LA INFRACCIÓN PENAL***

Toda norma jurídica-sancionadora tiene los mismos caracteres, los mismos fines del sistema jurídico-sancionador (prevención y garantía), las mismas funciones (protección de bienes jurídicos y motivación), los mismos parámetros para delimitar el bien jurídico protegido, tanto si se trata de derecho administrativo o de derecho penal, por lo que todo ello lleva a la conclusión de afirmar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y la infracción penal.

Navarro Cardoso[10] cita en su libro obras como "[…] las de Cerezo Mir, Suay Rincón, Zanobini y, sobre todo, de Mattes, cuya entidad y exhaustividad están fuera de toda duda, constituyendo un auténtico <<lugar común>> de obligada e irrenunciable visita y cita, permiten obviar la exposición de las principales tesis que pretenden establecer aquellas diferencias. De esta forma se evitan, además, las quejas de Nieto García acerca de la erudición <<inútil>> y <<barata>> consistente en hacer resúmenes de obras como la de Mattes o Suay Rincón. Una nueva tesis se ha entendido que se está formulando desde una pretendida diferenciación formal."

Podemos decir que frente a quienes mantienen la postura de que la Administración persigue sus propios fines, el sistema jurídico-sancionador responde a fines de prevención y garantía, sin que sea posible que la Administración se atribuya por sí misma un fin distinto. El artículo 103.1 de la Constitución establece que *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa… con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.* En lo que respecta a la diferenciación funcional entre el Derecho administrativo y el Derecho penal, podemos afirmar que el derecho administrativo tutela intereses supraindividuales ordenando sectores de actividad, mientras que el Derecho penal se encarga de tutelar intereses individuales y supraindividuales emitiendo juicios de reproches sobre conductas que atentan contra aquellos.

[10] NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, (Colex), Madrid, 2001, págs. 23-28

Frente a los que mantienen que la Administración se encarga de funciones propias, el sistema jurídico-sancionador pretende la tutela de bienes jurídicos por medio de la motivación, lo que supone que:

En lo que respecta a los bienes jurídicos, son intereses indispensables para la conservación y fomento de un determinado sistema social y tienen una consagración constitucional, directa o indirecta. Suay Rincón recoge que no hay intereses públicos diferenciados y específicos en el Derecho Administrativo, sino que, al igual que en Derecho Penal, bienes jurídicos, concluyendo con Welzel que "A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas están […] vinculadas con ella". Por lo expuesto, las tesis formalistas (las cuales afirman que sólo la infracción administrativa carece de todo juicio de valor ético-social) son inadmisibles.

El fin de la consecuencia jurídica de la infracción es la prevención, no tiene como finalidad cumplir una función retributiva alguna, ya sea una sanción administrativa o una pena. Llegamos a la conclusión de que la finalidad de la sanción es preventiva en base a argumentos como que el Derecho Penal es un medio de control social, en base a la concepción del Estado como social y democrático de Derecho, o de acuerdo con lo contenido en el artículo 9.2 de la Constitución, que ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten que la *"libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*".

Frente a los que intentan establecer diferencias teniendo en cuenta la técnica de tipificación, tanto la infracción penal como la administrativa acuden a la técnica de la lesión y del peligro. Las diferencias en la actuación de las diferentes manifestaciones del sistema sancionador hay que vincularlas al correspondiente sector de actividad económica en concreto. Señala Navarro Cardoso que "[…] Si se decide, por ejemplo, otorgarle la exclusividad sancionadora al Derecho Administrativo, éste graduará las infracciones, y sus correspondientes sanciones, hasta cubrir el espectro de conductas a

prevenir, en una suerte de posible imposición de sanciones muy severas si el hecho es merecedor de tal respuesta

Si un ilícito administrativo conlleva la suficiente carga lesiva, parece razonable su conversión en delito".

Autores como Fiandaca/Musco o Mir Puig establecen diferencias formales, en función del tipo de sanción o en función del órgano que impone la consecuencia jurídica: la pena la impone un Juez o Tribunal (órgano de la Administración judicial), mientras que la sanción administrativa un alcalde o un delegado del Gobierno (órgano de la Administración Pública). No podemos considerar estas diferencias como sustanciales.

El hecho de que en el procedimiento penal interviene un juez, y en el administrativo sólo lo hace con posterioridad y en caso de recurso, ha puesto de manifiesto en ocasiones cierta preocupación, debido a que la imparcialidad e independencia del juez penal no son predicables de la misma forma de un órgano de la Administración, ya que está sujeta al principio de jerarquía. Así lo ha recogido el TC en la sentencia 76/1990, de 26 de abril, donde se discute la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley General Tributaria al asignar a unos mismos órganos labores de inspección y labores de liquidación de los impuestos, señalando que << […] que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los Jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales>>. Concluyendo que: <<El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia,

predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos […]>>. El artículo 134 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas establece la diferenciación de las fases instructoras y sancionadoras.

Lo importante es el desarrollo del procedimiento con las garantías personales y procedimentales necesarias. Podemos decir que no se trata de un problema de personas, ya que tanto el secretario general de un ayuntamiento cuando actúa como instructor de un procedimiento sancionador por infracción urbanística como un juez de instrucción por un delito urbanístico tienen que observar las mismas garantías mínimas.

Navarro Cardoso[11] recoge en su obra que "no tiene sentido que se esgrime como una de las causas de la <<despenalización>> la rigidez, lentitud e ineficacia del sistema penal, y luego se abogue por la intervención de los jueces y tribunales penales a través de un Derecho Penal-administrativo."

El sistema sancionador debe impulsar la libertad ya que, en nuestro sistema, la libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, por lo que se debe promover el desarrollo de la libertad del individuo.

Podemos concluir con Cerezo Mir, respecto a este tema en que es imposible encontrar un criterio único que nos permita estimar una diferencia entre la infracción administrativa y la infracción penal.

- ***DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA HUIDA AL DERECHO PENAL***

Tanto el Derecho Administrativo como el Derecho penal tutelan áreas de interés común y podemos observar como existe una insuficiente articulación normativa de esa intervención coincidente. Al regular, controlar, prohibir, autorizar, y sancionar el Derecho Administrativo, mediante los principios de subsidiariedad e intervención mínima, deberá ser coordinado con el Derecho Penal. Hay que ser prudente a la hora de interpretar tipos penales con estructuras de ley penal en blanco que producen remisión a un ordenamiento extrapenal, normalmente al administrativo.

[11] NAVARRO CARDOSO, F., *ob.cit.*, pp. 23-28

Bauzá Martorell[12] ha señalado que tras posturas doctrinales que no estaban de acuerdo con esa técnica legislativa por considerar que no favorece a las garantías del principio de legalidad y principio de taxatividad defendidas por el Tribunal Constitucional desde la STC 127/1990, se ha reconocido que la ley penal en blanco es un mal menor que ha de soportarse para la protección de nuevos ámbitos como pueden ser el medio ambiente, urbanismo, ordenación del territorio…Se presenta la ley penal en blanco como una técnica legislativa que resulta necesaria, pero la fusión del orden penal con otros órdenes no puede impedir "los criterios penales de desvalor sustancial (de acción y de resultado), en aras a una selección cualitativa de los preceptos extrapenales que merecen completar el tipo penal". En definitiva, "no toda la legislación extrapenal está en condiciones de aportar cualitativamente algo al desvalor material de la conducta típica".

Hay que tener en cuenta la advertencia de Kaufmann, "la corrupción no se combate combatiendo la corrupción". Es necesario tener un plan de control preventivo, que se refuerce los mecanismos de inspección y fiscalización. Nuestra doctrina ha afirmado que "el derecho penal está llamado a despegar en la lucha contra la corrupción un papel subsidiario, más complementario que protagonista. El pensamiento de que la corrupción se combate exclusivamente con derecho penal es tan candoroso como irreal. Solo con derecho penal no se vence la corrupción, es más, se cierne el peligro de corromper los pilares de un derecho penal garantista. El derecho Penal ha de ir precedido y acompañado de medidas preventivas tanto sociales como, singularmente, legales. Muchos más rendimientos van a proporcionar algunas herramientas extrapenales que el uso y el abuso de la norma penal, a veces enarbolada con una dimensión puramente simbólica".

<u>Concreción del modelo de intervención penal de cara a su posterior traslación al derecho administrativo sancionador.</u>

El éxito del nuevo auge de los fundamentos del derecho penal tenemos que buscarlo en la expansión del ámbito de protección penal prevista a partir del Código penal de 1995.

[12] BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites,* (Wolters Kluwer, Bosch), Barcelona, 2017, pág. 29-32

La disposición de unos principios político-criminales que controlen y limiten la forma de intervenir del derecho penal es considerada como necesaria.

En lo que respecta a los principios y contenido, la doctrina no encuentra aquí sus mayores desacuerdos, ya que estos cuentan con unos perfiles más o menos claros.

Rando Casermeiro[13] considera que "donde se verifica mayor disparidad de enfoques es en los supraconceptos que permiten agrupar dichos principios: mientras ha sido tradicional fundamentar el derecho penal a través de los fines de la pena, para a partir de allí proceder a una derivación de principios no necesariamente vinculados a la pena, cada vez resulta más frecuente acudir como punto de referencia de la intervención penal al principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso, al que se pueden añadir algunas otras, aunque no numerosas, aproximaciones".

La expansión del Derecho Administrativo sancionador y las garantías de la despenalización.

Jesús María Silva Sánchez decía que, si se parte de la concepción de la sociedad postindustrial y la política en materia penal, puede demostrarse la expansión que ha incrementado el ordenamiento punitivo del Estado.

Los sistemas de producción de seguridad en cuanto a los riesgos que podríamos considerar como <<clásicos>>, como pueden ser accidentes, enfermedad, desempleo… han disminuido, mientras que han aparecido nuevos riesgos como pueden ser los tecnológicos, industriales, naturales, sanitarios, ecológicos, como ha descrito el francés Robert Castel. Ello está causando que nazca la necesidad de adoptar medidas en materia punitiva principalmente cuando se trata de destinatarios que son al mismo tiempo colectivos que no toman una posición de riesgo de forma activa. A lo que se añade la internacionalización de la economía, así como el incremento de las estructuras jurídicas supranacionales.

Señala el adminitrivista Izu Belloso, que hay que preguntarse cómo se ha desarrollado el ius puniendi del Estado ante estas nuevas situaciones. En las últimas décadas ha

[13] RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, (Tirant lo Blanch), Valencia, 2010, págs.. 147-151

tenido lugar un aumento considerable del poder sancionador de la Administración, tanto como potestad unida a las relaciones de sujeción especial con determinados administrados mantenida por la Administración, como pueden ser funcionarios, reclutas, presos, estudiantes…, o con actividades o bienes puestos bajo su cuidado, lo que denomina García Enterría como <<sanciones de autoprotección>>, como en las sanciones de protección del orden general.

Izu Belloso, tiene en cuenta las palabras de Suay cuando comentaba que, ante un sistema dotado de leyes procesales tan anticuadas, con un Código Penal desfasado, insuficiencia de jueces y magistrados, una vieja estructura de los órganos judiciales dotado con pocos medios, y mal coordinada con la policía judicial, no es difícil para los gobernantes resistirse a la atracción de asignar la Administración la función represiva que no pueden llevar a cabo los jueces. En lugar de afrontar las reformas judicial y penal, se abastece a la Administración de mayores poderes sancionadores.

Si tenemos en consideración las reformas que se han aprobado sobre leyes procesales con el objetivo de modernizar y agilizar la organización, así como los procesos judiciales, la anterior explicación pierde fuerza.

A pesar de ello, como recoge Bauzá Martorell[14] en su obra, todos los autores reconocen que la Administración continúa aumentando su potestad sancionadora "sobre la base de aquellas sabias palabras de que el Derecho Administrativo sancionador, aunque en primer lugar es Derecho Administrativo, <<toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica>>". Hay diferentes teorías sobre el hecho de que la Administración comparta con los jueces poderes punitivos con los jueces. Izu Belloso, dice que esto obedece a razones pragmáticas y no de principio, por el contrario, otros defienden que hay diversidad sustancial entre penas y sanciones administrativas debido a que responden a diferentes finalidades y origen.

[14] BAUZÁ MARTORELL, FJ., *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, (Wolters Kluwer, Bosch), Barcelona, 2017, pág. 237-240

Garantías de la despenalización

La jurisprudencia constitucional, citando entre todas la de 8 de junio de 1981 ha señalado que <<…los principios inspiradores del orden penal [principio de legalidad, tipicidad, non bis in ídem, irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia o tutela judicial efectiva] son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo…>>.

"Necesariamente esto debe ser así, pues como ha venido ocurriendo en los últimos tiempos, y un claro ejemplo de ello es, conductas que tradicionalmente ha estado en el estadio de lo penal han pasado a regirse por el ordenamiento administrativo sancionador", como ha reseñado Bauzá Martorell[15].

El Consejo de Estado advierte que <<la despenalización de conductas ha de encontrar su fundamento en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, más que venir impulsada por un objetivo de agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Y ello, no solo por la necesidad de que el Estado dé adecuada respuesta a las conductas que tengan un reproche social digno de sanción penal -en última instancia, como alternativa a la autotutela privada-, sino porque la despenalización de las conductas mediante su remisión a la vía civil o administrativa no supone necesariamente un ahorro de medios, sino un traslado de la carga de un ámbito a otro>>.

<u>Cambios de perspectiva: la <<administrativización>> del Derecho penal.</u>

La expansión podemos decir que es producto del conjunto de fenómenos sociales, políticos y jurídicos que tiene en el Derecho penal multitud de efectos.

Determinadas manifestaciones de esta expansión son: la flexibilización de los principios políticas criminales o las reglas de imputación. Otras manifestaciones son las que tienen que ver con el incremento y ampliación de las sanciones.

[15] BAUZÁ MARTORELL, FJ., *ob.cit.,* pp. 240-242

El cambio en la estructura y contenido material de los tipos penales es la expresión más relevante de ello. Por eso, la unión de la entrada de recientes objetos de protección con el adelanto de los límites de la protección penal ha causado un rápido cambio del modelo de delito de lesión de bienes individuales al modelo de delito de peligro para bienes supraindividuales, a través de las modalidades intermedias los legisladores promulgan nuevas leyes penales y las *rationes legis*, se consideran bienes penalmente protegibles. Por ello, además de los delitos que podemos considerar clásicos, aparecen otros, que en nada recuerdan a aquellos, por ejemplo, en el ámbito socioeconómico.

Uno de los ejemplos más claros de esta tendencia es la protección penal del medio ambiente. En consecuencia, son pocos los que niegan que la defensa del medio ambiente debe ser uno de los principios organizativos fundamentales de la civilización. El Ordenamiento Jurídico debe garantizar lo que se conoce como <<desarrollo sostenible>>. Pero es peligroso ubicar al Derecho penal al frente de la gestión del problema ecológico en su conjunto. A pesar de que se repita por algunos, que es necesario la configuración del medio ambiente, esto es, el pensamiento de que el medio ambiente no se puede proteger por sí mismo penalmente, sino solo como condición necesaria para el desarrollo de la vida humana.

Se ha convertido en mayoritaria la tesis de que, tanto en éste como en otros bienes supraindividuales, la alusión a los intereses individuales que se ven contextualizados por aquéllos es mera *ratio legis* no sometida a comprobación en el caso concreto al aplicar el tipo. Dicho de otro modo, se protege el contexto, por lo que establece la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal en cuanto se afecta un ecosistema en los términos que rebasan los *standards* administrativos establecidos.

En consecuencia, esta disposición a la protección de contextos cada vez más generales del disfrute de los bienes jurídicos clásicos da lugar a que el Derecho penal se relacione con fenómenos de dimensiones globales, estructurales o sistémicas, donde las aportaciones individuales consideradas son, de <<intensidad baja>>. Ello ha dado lugar a la consumación del proceso, en el que el Derecho penal que a posteriori respondía contra un hecho lesivo individualmente definido en lo que respecta a los sujetos activos

y pasivos, se ha transformado en un Derecho de gestión de riesgos sociales y, en ese sentido se ha <<administrativizado>>.

Las tesis clásicas diferenciaban entre el ilícito administrativo e ilícito penal, atribuyendo al penal la condición de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el ilícito administrativo, un acto de desobediencia eticovalorativamente neutro. Más tarde fue afianzándose como doctrina dominante la tesis de la diferenciación puramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, en la que lo característico de este último es un menor contenido de injusto.

Welzel señala que <<A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas están (…) vinculadas con ella>>.

Es errónea la postura que se basa únicamente en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito penal y lo administrativo. Por ello la teoría de base ética era errónea. Aunque resulta también insuficiente la teoría de la diferenciación únicamente cuantitativa. Lo determinante de la diferenciación son los criterios de imputación del injusto y las garantías formales y materiales de la imposición de sanciones y no solo la configuración de lo injusto. Una diferencia cualitativa es el sometimiento a un juez, como también lo es la incapacidad de la Administración a la hora de imponer sanciones privativas de libertad. Una diferenciación cualitativa puede tener lugar en la forma de comprender la lesividad de una y otra clase de infracciones, así como los criterios empleados para su imputación.

Silva Sánchez[16] considera que lo decisivo es el criterio teleológico, es decir, la finalidad perseguida tanto por el Derecho penal como por el administrativo sancionador, señalando que "El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no

[16] SILVA SÁNCHEZ, JM., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Civitas), Madrid, 2001, págs. 121-131

tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)".

Procede añadir alguna diferenciación cualitativa entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. Éste último es considerada el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración. Tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales, al residir su interés en el sector en su integridad.

El Derecho administrativo sancionador no necesita que la conducta específica sea significantemente perturbadora de un bien jurídico, por lo que no es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto para sancionar. De la misma forma que se acepta que el Derecho administrativo se rija por criterios de oportunidad y no por criterios de legalidad a la hora de perseguir los ilícitos. Es preciso que las conductas supongan un peligro para el modelo sectorial de gestión.

En este aspecto, sigue señalando Silva Sánchez, que "el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del daño cumulativo o, también, del daño derivado de la repetición, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estima lícito".

La regulación de las infracciones administrativas pretende cumplir funciones de protección social, pero en muchas ocasiones sólo logra ese tono material si las infracciones son contempladas en su conjunto. Por el contrario, si se observan una a una resultan indudablemente formales.

Silva Sánchez recoge múltiples ejemplos a este respecto:

" a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado es de 0,5 mg de alcohol por litro de sangre, según la normativa española. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representan un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido

de alcohol. Mas aún, en términos de gestión administrativa del riesgo de circulación -reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera- puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa. Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción contra reo, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) Un segundo ejemplo se puede advertir en el terreno medioambiental. Los vertidos de una empresa -de una sola- por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro – por ellos solos- el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría -tiene- un inadmisible efecto lesivo. Pero de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger.

c) Un tercer ejemplo, en materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por si misma, entidad para poner en peligro la salud pública. Aquí también lo decisivo para la sanción sería la protección de un determinado modelo de gestión de la salud pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

d) En fin, cabría aludir, como cuarto ejemplo, al del blanqueo de capitales como delito contra el orden económico. Pues un hecho de blanqueo que ponga, por sí solo, en peligro el orden económico ha de referirse a enormes cantidades de dinero; y ese hecho sólo lo pueden cometer los jefes de las bandas de delincuencia organizada. Ahora bien, los actos de blanqueo de menor entidad, que aisladamente no ponen en peligro el orden económico, contemplados en su conjunto sí constituyen una importante perturbación del

sistema económico. Y es esto lo que justificaría quizá su sanción administrativa; pero no su sanción penal".

Puede enunciarse que una de las características del Derecho Penal es asumir dicha forma de razonar, la de la lesividad global derivada de repeticiones o acumulaciones, habitualmente propia de lo administrativo. A esto se refiere cuando se refiere al proceso de <<administrativización>>, en que, a juicio de Silva Sánchez se encuentra inmerso el Derecho penal.

Algunas causas de la expansión del Derecho Penal.

Los bienes jurídicos especialmente importantes son protegidos por medio del Derecho penal. Dicho esto, hay que tener en cuenta la posibilidad de que su expansión se deba ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos, ya al incremento de valor que han experimentado algunos ya existentes, que pueden legitimar su protección por medio del Derecho penal. Recoge Silva Sánchez[17] que "las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia-, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como *<<bienes escasos>>*, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores".

La doctrina ha regulado estos fenómenos que ponen de manifiesto la dependencia del ser humano de realidades externas al mismo, como la actividad de determinados terceros. De ninguna manera puede hablarse al menos por el momento de un consenso

[17] SILVA SÁNCHEZ, JM., *ob.cit.,* pp. 25-26

total sobre los bienes que deben ser protegido penalmente y en qué medida. Silva Sánchez establece que "la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente, del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas Es pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero negro en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero *negro* en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante".

- ***LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN***

La potestad sancionadora es inherente a la existencia de las Administraciones Públicas, aunque los límites de este conjunto de facultades no siempre han tenido el mismo contenido ni extensión.

Actualmente entre los límites del poder sancionador de los entes públicos, Bauzá Martorell[18] destaca:

"A) Por un lado, los principios de legalidad, jerarquía normativa y de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas a derechos individuales, consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

B) Por otro lado, podemos señalar también una serie de limitaciones contenidas en ciertos preceptos constitucionales, así como también extraídas a partir de la consagrada doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), acerca de la extensión, con matices, de las garantías que operan en

[18] BAUZÁ MARTORELL, FJ., *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, (Wolters Kluwer, Bosch), Barcelona, 2017, págs. 317-321

el ámbito penal a la esfera sancionadora de la Administración, al tratarse de manifestaciones del ius puniendi del Estado:

1. Interdicción de sanciones privativas de libertad y a las que supongan trabajos forzados (estos requieren el consentimiento del interesado).

El artículo 25 CE, en su apartado segundo, primer inciso, determina que <<Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados>>, y en el tercero consigna que << La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad>>.

2. Derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, artículo 24.1 CE, el cual garantiza que todas las personas titulares de derechos e intereses legítimos puedan efectivamente defender éstos ante los Juzgados y Tribunales.

3. Garantías procedimentales recogidas en el artículo 24.2 CE, relativas al derecho a la defensa; el derecho a la presunción de inocencia, la exclusión de la *reformatio in peius*; el derecho al procedimiento, que comporta le prohibición de imponer sanciones de plano.

4. Control judicial de las resoluciones administrativas sancionadoras, de acuerdo con el artículo 106 CE, <<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>>".

- ***LA ADOPCIÓN DEL CONCEPTO UNITARIO DE IUS PUNIENDI EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA***

Los primeros pasos del Tribunal Supremo

Actualmente, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal forman los dos integrantes del llamado *ius puniendi*. En ese sentido, la jurisprudencia española ha asumido la expresión de *unidad del ius puniendi* del estado como *supraconcepto* englobando tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador. Al comienzo de los años setenta empieza a considerarse en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo español, a la potestad sancionadora de la administración pública como parte integrante de la potestad punitiva del estado.

Dichos pronunciamientos del Tribunal Supremo crearon los primeros pasos hacia la construcción de un concepto unitario de un *ius puniendi* del que participan el control administrativo sancionador y el control penal. Esto lleva a admitir que la administración lleva a cabo en este sentido una labor principalmente punitiva, no siendo posible ya continuar hablando de la potestad sancionadora de la administración como una potestad administrativa más de *ejecución*.

La STS 876/1972, de 9 de febrero, establece el inicio de una tesis jurisprudencial que se expondrá indiscutida en el futuro, fijando en su Considerando segundo que las infracciones administrativas "se integran en el supreconcepto [sic] del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones denomínicas [sic] entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal, que exigen ambos un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuricidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción…".

La STS 1291/1972, de 9 de marzo (Sala 3ª), constituye otro objetivo esencial en la configuración unitaria del *ius puniendi*. La escasez de una regulación propia de la potestad sancionadora de la administración en los inicios de los años setenta y los inconvenientes de ello producido, en concreto la falta del uso de las garantías penales en el procedimiento administrativo sancionador, lleva a deducir al tribunal que esa laguna no debe ser interpretada negativamente, "sino como una aceptación tácita, en el estricto sentido semántico, del régimen general del ilícito, *supraconcepto* comprensivo de sus manifestaciones administrativa y penal".

También resulta interesante el último Considerando de la STS de 21 de marzo de 1979 (Tol 975348): "[Considerando] que lo consignado [la aplicación de principios penales al sector administrativo sancionador] no es más que secuela lógica de la orientación doctrinal establecida por este Tribunal, especialmente en las SS. de 25 de marzo de 1972, 17 de junio de 1974, como consecuencia de la gran similitud, no igualdad, existente entre *la potestad sancionadora de la administración y la potestad punitiva* que

obliga, ante la ausencia de normas específicas, a la aplicación de los principios más beneficiosos extraídos del campo penal, (…) la aplicación de la norma citada -art. 24 del CP de 1944- es una consecuencia lógica derivada de la potestad sancionadora del estado que unas veces confiere a los órganos de la administración, y otras, según su naturaleza, a órganos de la jurisdicción (…)"

Se trata, como ha recogido Rando Casermeiro[19] "de puntos de vista que han sido recogidos invariablemente por la jurisprudencia de los ochenta y los noventa, ya con el firme aval del art. 25 de la Constitución de 1978, de forma que está fuera de toda duda el carácter esencialmente punitivo de la potestad sancionadora de la administración".

La consolidación del concepto unitario de ius puniendi en España por el Tribunal Constitucional.

Desde el precedente jurisprudencial creado en los años setenta por el Tribunal Supremo y lo establecido en el artículo 25 de la Constitución, el Tribunal Constitucional admite y más tarde desarrolla el concepto unitario del *ius puniendi*. La pretensión que llevaba a la aproximación conceptual entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal era lograr la aplicación de las garantías penales al ámbito de la potestad sancionadora de la administración, ante la comprobación de que las sanciones bajo custodia de la última implican unos niveles de aflictividad parecidos y también en ocasiones mayores que las penas.

Esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional comienza con la STC 18/1981, de 8 de junio (*Tol 110823*), donde se cita en su fundamento segundo la siguiente frase: "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del *ordenamiento punitivo del estado* (…) hasta el punto de que en un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales…".

[19] RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, (Tirant lo Blanch), Valencia, 2010, págs. 147-151

La referida jurisprudencia ha sido contemplada frecuentemente en lo que respecta a la unidad del *ius puniendi* y a la consideración del derecho administrativo sancionador como derecho represivo tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional.

Así se da por terminada la discusión de si con el derecho administrativo sancionador se preservan intereses administrativos que no constituyen bienes jurídicos. Ciertamente, el derecho administrativo sancionador protege bienes jurídicos y ha de funcionar conforme a los principios del derecho punitivo, sin perjuicio de las flexibilizaciones que sea conveniente llevar a cabo en el campo del derecho administrativo sancionador. En efecto, dicha conclusión es un presupuesto básico para estudiar la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Este hecho debería ser suficiente para dar por terminado el tema de si el derecho administrativo sancionado es *ius puniendi* o es por el contrario un simple "medio coactivo para el cumplimiento de los fines de la administración". García Enterría señala a este respecto que la sanción administrativa es "un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal".

Partimos entonces de que las sanciones administrativas son manifestaciones del *ius puniendi* estatal, de poder represivo, y por esa razón se impone a través de ella un mal dirigido a castigar el hecho, y no exclusivamente a restablecer el orden vulnerado. Ello quiere decir que no sólo obliga al infractor a reparar el daño o restituir las cosas a su estado anterior.

En palabras de Suay Rincón, "el poder sancionador de la administración es (…) un poder de carácter jurisdiccional, más exactamente, un poder de carácter represivo o penal".

En consecuencia, la potestad sancionadora no conforma una potestad más de la administración dirigida a lograr sus fines, sino que podemos decir que es un verdadero derecho sancionador que debe estar sometido a los principios del derecho punitivo antes que a los del derecho administrativo.

Recoge Rando Casermeiro en su obra que "es fácil comprobar que no todas las instituciones que se desenvuelven en el contexto de un procedimiento administrativo

sancionador, ni todos los recursos que se activan ante la comisión de una infracción administrativa, constituyen sin más ejercicio de potestad punitiva por la administración. Dicho con otras palabras, es necesario distinguir entre *derecho administrativo y derecho administrativo sancionador*.”.

- ***NOCIONES BÁSICAS Y PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.***

El derecho administrativo sancionador como una manifestación -junto al derecho penal- del ius puniendi del estado.

La doctrina del TC toma como partida la idea de que el Derecho administrativo sancionador es una manifestación del ius puniendi del Estado, junto al Derecho penal, cuya hipótesis lleva a admitir la aplicabilidad de las garantías del Derecho penal al procedimiento administrativo sancionador, como así señala Díaz Fraile[20].

“Casuística jurisprudencial

STC nº 17/2009, de 26 de enero

<<2. – este Tribunal ha señalado- que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicable también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son también manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 291/2000, de 30 de abril, F. 4; 54/2003, de 24 de marzo, F. 3; y 308/2006, de 23 de octubre, F. 3, por todas)>>.

ATC nº 167/1997, de 14 julio

<<2. -Cumple recordar- que este Tribunal ha insistido en la idea de que la traslación de esas garantías contenidas en el art. 24 CE al procedimiento sancionador no puede ser mimética, literal o inmediata, en razón de la distinta naturaleza de ambos procedimientos, no obstante, la común identidad de ser manifestación del ius puniendi del Estado (STC 145/1993 y 97/1995, entre las más recientes)>>”

[20] DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador: análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (Atelier), Barcelona, 2016, págs. 133-134

La noción de sanción en la jurisprudencia del TC

Concepto legal y material de sanción administrativa, y distinción de otras figuras

La Ley 40/2015 en su artículo 27.1 hace referencia al principio de tipicidad disponiendo que <<solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley->>, estableciendo el apartado 2 de este mismo precepto que <<únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley>>. Dice Díaz Fraile[21] que "Esta definición legal de la infracción y sanción administrativas está en línea con los principios de legalidad sancionadora y de seguridad jurídica, pero no cabe desconocer que pueden existir sanciones desde un punto de vista material que no aparezcan definidas legalmente como sanciones, por lo que sería útil encontrar un concepto sustantivo que ayudara a descubrir la verdadera naturaleza de las sanciones encubiertas o disimuladas con el designio de que las garantías constitucionales articuladas frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado no sean burladas".

El Tribunal constitucional ha advertido contra los intentos de propagar de forma indebida la noción de sanción con la finalidad de conseguir los beneficios de las garantías que defienden frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y ha manifestado que no todo acto restrictivo de derechos debe identificarse con una sanción. La doctrina del TC señala la sanción dentro de la categoría de los actos de gravamen que debido a su fin retributivo y represivo o de castigo, cuya singularidad refleja un concepto material de sanción que es usado por el TC para aclarar aquellos casos dudosos. Ello no nos puede hacer olvidar que las sanciones administrativas, al igual que las penas, poseen también un efecto disuasorio, lo que quiere decir que cumplen también una finalidad de prevención tanto general como especial.

Sigue señalando Díaz Fraile que "[…] Es importante igualmente no confundir las sanciones en sentido estricto con otras figuras que por una u otra razón pueden ser afines. Así, pueden existir medidas reparadoras o indemnizatorias que derivan de la infracción administrativa, pero que carecen de naturaleza sancionadora y por tanto no

[21] DÍAZ FRAILE, F., *ob.cit.*, pp. 134-141

les resultan de aplicación las garantías propias del Derecho administrativo sancionador. La llamada expropiación-sanción responde al incumplimiento de la función social de la propiedad, no tiene naturaleza punitiva y por tanto es ajena a las garantías constitucionales frente al *ius puniendi* del Estado".

Se debe distinguir, por otro lado, la sanción administrativa de la sanción coercitiva, teniendo en cuenta que la sanción coercitiva se trata de un medio de ejecución forzosa a disposición de la Administración Pública en el ámbito de la autotutela ejecutiva, no tiene naturaleza sancionadora y por lo tanto es compatible con las sanciones propiamente dichas, por ello no es posible invocar al respecto el principio *non bis in ídem.*

Por último, debemos hacer referencia a determinadas sanciones disciplinarias. Las correcciones disciplinarias que se imponen a abogados por jueces y tribunales en el ejercicio de la llamada policía de estados poseen naturaleza sancionadora, pero no son sanciones administrativas en sentido estricto, por lo que no son recurribles en vía contencioso-administrativa. Por otro lado, podemos distinguir la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal de la gubernativa en relación con los jueces y magistrados.

"*Casuística jurisprudencial*

STC nº 121/2010, de 29 de noviembre

Tema: Nota característica de la sanción administrativa dentro del campo de los actos de gravamen: su finalidad represiva, retributiva o de castigo, que permite adoptar un criterio material frente a sanciones encubiertas. Caso: recargo por mora sobre determinadas deudas a la Seguridad Social (en este caso el recargo no tiene una finalidad sancionadora propiamente dicha, sino indemnizatoria o reparadora a la Tesorería General de la Seguridad Social y preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

<<1. – la presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.1 de Tarragona respecto del art. 28 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Entiende el proponente que el precepto cuestionado podría resultar vulnerador de los arts. 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución por cuanto contemplaría una <<sanción encubierta>> en forma de recargo único impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social distinta de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo-

7. - la STC 276/2000, F.3, después de recordar la <<improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos>>, se concentra en analizar <<la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, F.3; 164/1995, F. 4; ATC 323/1996, F.2)>>, de modo que, <<en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la <<finalidad represiva, retributiva o de castigo>> que hemos venido destacando como especifica de las sanciones (SSTC 239/1988, F.2; 164/1995, F 4), habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva o no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los arts. 24.2 y 25 CE>>.

La proyección de esta doctrina, dictada en relación con recargos tributarios, sobre el precepto cuestionado en el seno del proceso a quo – Nos encontramos- en un supuesto de retraso en el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social de un peculiar recurso de los que corresponde ingresar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, distinto a las aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y sociales de la Seguridad Social – Como en el caso enjuiciado por la STC 164/1995, F.4, el recargo ahora cuestionado <<no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo

que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988>>; en suma, <<la funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento Y al propio tiempo…opera estimulando un pago que, aunque es tardío, se trata de adelantar en el tiempo para que se produzca antes del requerimiento. Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente>>. –

En definitiva, el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera, cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte de la Mutua responsable de las aportaciones a las que se hubiera obligado en relación con el capital coste de las prestaciones derivadas de las contingencias en que incurran sus afiliados>>.

ATC nº 214/2000, de 21 septiembre

Tema: Sanción administrativa y medida de reposición al estado anterior a la infracción: distinta naturaleza. Infracción urbanística: distinción entre la potestad sancionadora y la potestad de restauración de la legalidad urbanística. Caso: la orden de demolición no queda sujeta al principio de legalidad sancionadora ex artículo 25.1 CE.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<1. – sólo la sanción de multa impuesta a la recurrente queda sujeta al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). No así la orden de demolición del cerramiento a costa del interesado por no ser las obras susceptibles de legalización, ya que, como se afirma en la Sentencia impugnada, se trata de una medida de protección de la legalidad urbanística, no de una sanción. En efecto, reiteradamente tiene afirmado la jurisprudencia que ante una vulneración de la legalidad urbanística hay que distinguir entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración, si está tipificada

como infracción urbanística (como lo exige el art. 25.1 CE) y la potestad administrativa para restaurar el ordenamiento urbanístico conculcado, en cuanto el interesado lo ha perturbado al prescindir de la previa obtención de licencia municipal adecuada y suficiente para la realización de las obras que está llevando a cabo indebidamente. De este modo, la orden de demolición es una medida de restablecimiento del orden urbanístico infringido que no tiene carácter sancionador, por lo que respecto de la misma no cabe hablar en ningún caso de lesión del principio de legalidad en materia sancionadora al amparo del art. 25.1 CE>>.

ATC nº 323/1996, de 11 noviembre

Tema: Indebida extensión del concepto de sanción administrativa: no todo acto restrictivo de derechos supone una sanción, siendo improcedente el intento de extender la noción de sanción para encontrar amparo en las garantías de los artículos 24 y 25 CE respecto de medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. *Caso*: traslado de un funcionario por necesidades del servicio (ni es una sanción, ni consta que la medida se haya adoptado como una sanción encubierta).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<2. – se recurre la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil <<por la que se acordó el traslado del recurrente del puesto de Urdax, de la Comandancia de Navarra, al puesto del Servicio rural de Sabero, de la Comandancia de León>>. Partiendo de la base de que se trata de una orden de traslado por necesidades del servicio, se argumenta que no se justifican tales necesidades, que existían funcionarios más modernos que podrían haberlas desempeñado, y que – en consecuencia- nos hallamos ante una sanción encubierta, adoptada sin las garantías legales y procedimentales exigidas por la Constitución.

- El centro de la cuestión debatida es la relativa a la determinación de si se ha producido o no la imposición al mismo de una autentica medida de carácter sancionador.

3. – por el Tribunal Constitucional se ha señalado que no todo acto restrictivo de derechos puede ser considerado como una manifestación del ius puniendi del Estado, y que la ampliación del concepto de sanción debe realizarse con suma cautela. Así, la

STC 164/1995, en su fundamento jurídico 3.º, declara: <<Ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado. -

- el Ministerio Fiscal argumento que el cese por necesidades del servicio de un numero de la Guardia Civil, por razones suficientemente razonadas, es una manifestación del principio de disciplina y operatividad que rige tal Instituto armado, y que – por encontrarse regulado con carácter general-, no puede considerarse a priori como un acto sancionador. – No nos encontramos, pues, ante una medida sancionadora, sin que sea preciso argumentar con relación a la aplicabilidad al caso del principio de legalidad del artículo 25.1º CE, ni de las garantías que exige el procedimiento administrativo sancionador en virtud del artículo 24.2º. CE>>.

STC nº 42/1989, de 16 febrero

Tema: La institución de la expropiación- sanción no tiene naturaleza punitiva. Caso: la resolución de expediente de declaración de una finca como manifiestamente mejorable (no tiene naturaleza sancionadora – es más bien una consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad -, por lo que carece de virtualidad la invocación del principio de la presunción de inocencia).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<3. La cuestión planeada en el presente recurso – consiste en determinar si se han vulnerado los derecho fundamentales de los propietarios de la finca << Las Arguijuelas>> a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, reconocidos por el art. 24.1 y 2 de la Constitución, en el expediente administrativo de declaración de finca como manifiestamente mejorable a que puso fin el Decreto 39/1986, de 3 de junio de la Junta de Extremadura –

4. La supuesta infracción del principio de presunción de inocencia alegada por los recurrentes, carece en este caso de toda virtualidad. Ciertamente que la presunción de inocencia, aunque con algunas matizaciones, es aplicable según jurisprudencia de este

Tribunal a los expedientes administrativos sancionadores, más la declaración de una finca como manifiestamente mejorable no tiene carácter sancionador en sentido estricto. Esta calificación y la expropiación de uso de la finca inherente a la misma, es la consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad. Deriva concretamente, conforme el art. 5.4 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, del incumplimiento por los propietarios de los compromisos contraídos con la Administración respecto a la explotación y mejora de una finca. Constituye un supuesto integrable entre las medidas denominadas por la doctrina <<expropiación- sanción>>, pero de esta denominación doctrinal no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia, imputable a la <<culpabilidad>> del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad. De ahí que – si no hay sanción no es posible utilizar los conceptos de culpa o de inocencia, ni, por tanto, hablar de esta presunción que solo hace referencia a la existencia de pruebas sobre una conducta que, legalmente tipificada como sancionable, se imputa al sancionado. - >>.

ATC nº 395/2006, de 8 noviembre

Tema: Correcciones disciplinarias impuestas en el ejercicio de la policía de estrados: tienen naturaleza sancionadora, pero no son sanciones administrativas, por lo que no son susceptibles de impugnarse mediante el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<1. – los acuerdos de imposición de correcciones disciplinarias por los Jueces y Tribunales a los abogados en el curso de un procedimiento, haciendo uso de las potestades inherentes a la llamada policía de estrados, así como las resoluciones revisoras de tales acuerdos no son actos administrativos ni subjetivamente ni objetiva o materialmente, sino providencias jurisdiccionales, cuya naturaleza intrínseca es claramente procesal. Por esa razón, el Tribunal Supremo viene declarando que ello veda la posibilidad de la impugnación por medio del recurso Contencioso- Administrativo de los acuerdos de las Salas de Gobierno mediante los que se resuelven los recursos de

alzada contra las correcciones disciplinarias (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2002, recaída en el recurso 137-1999, por ejemplo). ->>.

STC nº 205/1994, de 11 julio

Tema: Correcciones disciplinarias impuestas en el ejercicio de la policía de estrados: tienen naturaleza sancionadora, pero no son sanciones administrativas, por lo que no son susceptible de impugnarse mediante el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<4. – la doctrina sentada al respecto por este Tribunal Constitucional en las SSTC 110/1990 y 190/1991. En estas sentencias hemos dicho que las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los Abogados en el curso de un procedimiento, haciendo uso de la llamada <<policía de estrados>>, así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías, con lo que se satisface el derecho del interesado a la tutela judicial. Por consiguiente, la resolución judicial en la que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no atenta contra el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva – (STC 190/1991, fundamento jurídico 6º). - >>.

STC nº 190/1991 de 14 octubre

Tema: Responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal y responsabilidad disciplinaria gubernativa de los funcionarios judiciales: distinta naturaleza jurídica y funcionalidad, y diferentes órganos competentes para la imposición de las sanciones; solo las sanciones gubernativas tienen acceso al recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<5. – como se dijo en la STC 110/1990, de 18 de junio: <<Coexisten de esta manera dos tipos o clases de responsabilidades cuya funcionalidad y naturaleza jurídica son bien distintas. Mientras que la llamada responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, o procesal, atiende a la corrección de las faltas u omisiones cometidas por los

funcionarios judiciales – englobando a estos efectos a Jueces y Magistrados- con ocasión de los actos y procedimientos judiciales, en el supuesto de la <<responsabilidad disciplinaria gubernativa>> son en general la forma y condiciones en que son cumplidos por dichos funcionarios los deberes a que están sujetos por el cargo que ostentan, lo que justifica la potestad disciplinaria prevista. Ello mismo explica que distintas sean las autoridades y órganos competentes para ejercitar, en uno y otro caso, la potestad disciplinaria, debiéndose añadir que sólo en el caso de las sanciones disciplinarias gubernativas es posible acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para su revisión jurisdiccional>>. - >>.

STC nº 110/1990, de 18 junio

Tema: Responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal y responsabilidad disciplinaria gubernativa de los funcionarios judiciales: distinta naturaleza jurídica y funcionalidad, y diferentes órganos competentes para la imposición de sanciones; solo las sanciones gubernativas tienen acceso al recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<4. – régimen de la llamada <<responsabilidad disciplinaria procesal>> de Jueces y Magistrados previsto en las leyes procesales y, en concreto, en lo que ahora interesa, en los arts. 258 LECr y 447 y ss. de la LEC-.

- sin que- tengan que considerarse opuestos a la LOPJ los referidos preceptos de la LECr y de la LEC, ya que en éstos, a diferencia de los arts. 414 a 427 LOPJ, se prevé y regula una responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados directamente vinculada al ejercicio y desarrollo de su propia actividad jurisdiccional, posibilitándose así que los órganos jurisdiccionales superiores, al examinar la actuación de los inferiores con ocasión de conocer de sus resoluciones en virtud de los correspondientes recursos, si observasen la comisión de faltas o errores en los autos de los que hubieren conocido, adopten las correcciones disciplinarias que el propio art. 449 LEC enumera.

Coexisten de esta manera dos tipos o clases de responsabilidades cuya funcionalidad y naturaleza jurídica son bien distintas. Mientras que la llamada responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, o procesal atiende a la corrección de las faltas u omisiones

cometidas por los funcionarios judiciales -englobando a estos efectos a Jueces y Magistrados – con ocasión de los actos y procedimientos judiciales, en el supuesto de la <<responsabilidad disciplinaria gubernativa>> son en general la forma y condiciones en que son cumplidos por dichos funcionarios los deberes a que están sujetos por el cargo que ostentan, lo que justifica la potestad disciplinaria prevista. Ello mismo explica que distintas sean las autoridades y órganos competentes para ejercitar, en uno y otro caso, la potestad disciplinaria, debiéndose añadir que sólo en el caso de las sanciones disciplinarias gubernativas es posible acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para su revisión jurisdiccional. - >>."

<u>La identidad sustancial entre la infracción administrativa y el delito según la jurisprudencia del TC</u>

"La doctrina del TC reconoce la identidad sustantiva o identidad de naturaleza entre el delito y la infracción administrativa, así como entre la pena y la sanción administrativa, cuya identidad es utilizada como argumento por el propio TC para justificar la extensión de las garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionado", Díaz Fraile[22].

Casuística jurisprudencial

STC nº 106/1994, de 11 abril

Tema: El TC reconoce <<la identidad sustantiva>> entre la infracción administrativa y el delito.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<5.- la identidad sustantiva de infracción administrativa y delito [STC 138/1992]>>.

STC nº 231/1998, de 1 diciembre

Tema: el TC reconoce <<la identidad de naturaleza>> entre el delito y la infracción administrativa, y entre la pena y la sanción.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

[22] DÍAZ FRAILE, F., *ob.cit., pp*. 141-142

<<5. – en esa cuestión de la imparcialidad objetiva del órgano sancionador aun razonando con la cautela a la que hemos venido aludiendo cuando se ha tratado de aplicar garantías del orden penal al administrativo sancionador -dijimos que <<esa operación sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza…>>; y que <<no puede pretenderse que el instructor en un procedimiento administrativo sancionador y menos aún el órgano llamado a resolver del expediente goce de las mismas garantías que los órganos judiciales-. Más, aún con tal cautela, ya es posible advertir que el art. 134.2 de la Ley 30/1992 (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) da paso en el procedimiento sancionador a una distinción como la que aquí nos ocupa, al prescribir <<la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos>>. (Otro tanto, en el art. 10.1 del Real Decreto 1398/1993). Y concretamente en nuestra STC 142/1997 se hace una invocación explícita a la aplicación de la imparcialidad objetiva al decir que <<corolario más trascendental se halla en la necesaria separación entre las funciones instructora y enjuiciadora (doctrina ya firmemente recogida por el Tribunal, e incorporada a la legislación procesal)>>… y que <<la identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad al procedimiento administrativo sancionador>>. ->>.

<u>El carácter excepcional de los poderes sancionatorios de la administración conforme a la jurisprudencia del TC</u>

Díaz Fraile[23] recoge en su obra que "La mayoría de las sentencias del TC parte de la premisa del carácter excepcional de los poderes sancionadores en manos de la Administración y sobre la misma justifica la necesaria cobertura en una norma de rango legal de la potestad sancionadora de la Administración, si bien en la STC nº 77/1983 parece adoptarse el punto de vista contrario en el sentido de que el principio de legalidad ex artículo 25.1 CE conlleva la exigencia de cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, de donde deriva como

[23] DÍAZ FRAILE, F., *ob.cit.*, pp. 142-145

consecuencia el carácter excepcional de los poderes sancionadores en manos de la Administración".

Casuística jurisprudencial

STC nº 26/2005, de 14 febrero

Tema: Excepcionalidad de los poderes sancionatorios en manos de la Administración: el TC parte de este carácter excepcional para exigir una cobertura en la ley de la potestad sancionadora de la Administración.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<3. La jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que forma parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad sancionadora reconocido en el art. 25.1 CE una garantía calificada como <<de carácter formal>>, que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas ilícitas y reguladoras de las sanciones correspondientes, <<por cuanto – el término <<legislación vigente>> contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto y ello tanto <<por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas>> como <<por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad>> (STC 42/1987, de 7 de abril, F.2). en todo caso, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, F. 9, y 305/1993, de 25 de octubre, F.3).->>.

STC nº 50/2003, de 17 marzo

Tema: Excepcionalidad de los poderes sancionatorios en manos de la Administración: el TC parte de este carácter excepcional para exigir una cobertura en la ley de la potestad sancionadora de la Administración.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<4.- es preciso traer a colación nuestra doctrina por la que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla <<nullum crimen nulla poena sine lege>>, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto – el término <<legislación vigente>> contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora-. A este respecto es preciso reiterar que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas como por el carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad-. En todo caso, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, F.9 y 305/1993, de 25 de octubre, F.3)>>.

STC nº 21/2010, de 27 abril

Tema: excepcionalidad de los poderes sancionatorios en manos de la Administración: el TC parte de este carácter excepcional para exigir una cobertura en la ley de la potestad sancionadora de la Administración.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<4.- debemos dilucidar- en primer término, si la sanción de postergación en la carrera impuesta al recurrente en el presenta asunto vulneró o no el principio de legalidad del art. 25.1 CE, en su vertiente formal.

Sobre las exigencias del principio de reserva de Ley en materia sancionadora existe ya una abundante doctrina constitucional-. De acuerdo con esta doctrina, que comienza justo por subrayar que el alcance de la reserva de Ley del art. 25.1 CE no puede ser tan estricto en materia sancionadora como en relación con los tipos y sanciones penales en sentido estricto, hemos declarado que en el ámbito administrativo sancionador esa reserva de Ley en todo caso <<determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal>>, habida cuenta el carácter excepcional que presenta el ius puniendi en manos de la Administración.->>.

STC nº 77/1983, de 3 octubre

Tema: Excepcionalidad de los poderes sancionatorios en manos de la Administración:

En esta sentencia el TC reflexiona sobre la titularidad por la Administración de una potestad sancionadora en el marco de un sistema de división de poderes y su justificación, parte del principio de legalidad en materia sancionadora y sobre dicha base concluye en el carácter excepcional de la potestad sancionadora de la Administración y sus límites.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

<<2. – No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra

constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sin que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. -

3.- los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 CE 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 las penas de privación de libertad-; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial. ->>

CONCLUSIONES

Podemos afirmar que el derecho administrativo sancionador comienza a gestarse a partir de los años cincuenta del siglo XX, en el contexto de un proceso de despenalización a gran escala, en el que éste asume la tutela de los bienes jurídicos o los ataques a éstos que se iban desprendiendo del campo de protección penal, pero parece que es mayor la expansión que experimenta el Derecho Penal, llegando a regular incluso conductas que bajo mi punto de vista son cuestionables de ser castigadas bajo éste orden, con consecuencias jurídicas tan sumamente duras para quienes se imponen. Planteándome si delitos como los medioambientales, urbanísticos o de prevaricación administrativa deben tener aparejada pena de prisión o si basta con una sanción administrativa que le imponga una multa y se repare el daño, ya que no podemos olvidar que el fin último de las penas privativas de libertad es la reeducación y la reinserción social.

En mi opinión, un político que haya efectuado una perjudicial gestión económica no necesita ser reeducado o reinsertado en la sociedad, siendo suficiente con que el político corrupto abandone el cargo, devuelva lo sustraído ilegalmente de las arcas públicas, que repare el daño causado por su perjudicial gestión económica y se le imponga una multa.

En cuanto al derecho urbanístico, considero que el Derecho penal debe ocuparse únicamente de las transgresiones más graves y flagrantes de la legalidad urbanística, correspondiendo a la jurisdicción contenciosa como regla general, el examen de dicha legalidad. Siendo innecesario el castigo penal en las construcciones no autorizables en suelo protegido, zonas verdes, o dominio público, puesto que la imprescriptibilidad de la potestad de restablecimiento de la legalidad conculcada es, actualmente suficiente para prevenir esa clase de actuaciones. De modo que la represión penal sólo estaría justificada cuando se trate de atentados especialmente graves a esos suelos produciendo daños irreversibles o de difícil reparación.

El sistema sancionador, en un sistema como el español donde la libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, debe promover la libertad, removiendo los poderes públicos los obstáculos que dificulten o impidan el pleno desarrollo de la libertad del individuo. Una famosa sentencia penal del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 2009, ("Caso Andratx") vino a enmarcar con una frase la siguiente

perspectiva :"ante la inoperancia de la disciplina administrativa se acude al Derecho Penal como *última ratio*". Es decir, el derecho penal tiene que actuar ante la ineficiencia de los controles administrativos.

Debemos plantearnos la idea de que la pena debe ser el último recurso, ya que ésta contiene algo de lo que carecen los demás medios, y se trata del juicio de desvalor o el reproche ético-social dirigido al responsable. Si observamos las diferentes modalidades de castigo, nos damos cuenta de que no todas ellas se diferencian fácilmente de otras formas de sanción desde la perspectiva del perjuicio que infligen a quien las sufre, por ejemplo, la pena de multa, salvo en caso de impago que se puede restringir la libertad, no se puede distinguir fácilmente de las multas administrativas, las cuales pueden, incluso, superar en gravedad a aquélla. Lo mismo puede decirse de la privación del derecho a conducir vehículos o a tener y portar armas, la perdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales, que consisten en lo mismo en el ámbito penal que en el administrativo.

Podemos afirmar entonces que, abolida la pena de muerte, la única pena que se diferencia siempre de las demás sanciones es la pena privativa de libertad, dada la repercusión que tiene en la vida de quien las sufre.

El orden constitucional entero descansa en el valor superior de la libertad (art. 10.1 CE), por lo que es clara la preferencia constitucional por los poderes y las técnicas de menor incidencia en aquella.

La doctrina se está encargando en los últimos años de ofrecer al legislador modelos alternativos de resolución de los conflictos. Existen dos hipótesis que se presentan como alternativas a la expansión del Derecho penal, basándose ambas en reducir las exigencias garantistas y las reglas de imputación, ya que se consideran que constituyen un obstáculo en el Derecho penal moderno al dificultar la plena eficacia frente a determinados conflictos, con independencia de las limitaciones derivadas de su propia naturaleza.

Una de las hipótesis está orientada a crear un Derecho de intervención, que se trata de un Derecho no punitivo orientado a la reparación, sin renuncia a la resocialización. Se

caracterizaría por una rebaja de las sanciones a imponer, que nunca podrían ser privativas de libertad.

La otra hipótesis es formulada por Silva Sánchez que propone un derecho penal de dos velocidades, quedando un ámbito circunscrito al Derecho Penal de las penas privativas de libertad y otro de las penas privativas de derechos y de las pecuniarias.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, JM., "Crimen y ladrillo: la tortuosa relación entre derecho penal y derecho urbanístico", *Práctica urbanística*, núm. 134, 2015

BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2017). *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites* (págs. 29-32, 207-234, 237-242, 317-321). Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer, Bosh.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "Mecanismos administrativos de reacción frente a la transgresión de la ordenación urbanística", *Análisis*, núm. 06, 2007

CASTRO MORENO, A., "Derecho penal e invasión de competencias urbanísticas por la jurisdicción ordinaria", *Práctica urbanística*, núm. 134, 2015

DÍAZ FRAILE, F. (2016). *Derecho administrativo sancionador: análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (págs. 51-57, 133-142). Barcelona: Atelier.

EUGENIO SORIANO, J., "Corrupción y urbanismo II", *Diario del Derecho*, 2009.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., "La responsabilidad por mala gestión o el riesgo en la política", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015

MARTÍN PALLÍN, JA., "Urbanismo desenfrenado: una bomba de neutrones", *Diario el País*, 2006

NAVARRO CARDOSO, F. (2001). *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal* (págs..23-28). Madrid: Colex.

PAREDES CASTAÑÓN, JM., "Los delitos sobre la ordenación del territorio", *Universidad de León*

PAREJO ALFONSO, L., "La deriva de las relaciones entre los derechos administrativos y penal, algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática", *Revista de Documentación Administrativa*, nº284-285, 2009

QUINTERO OLIVARES, G., "La prevaricación vulgarizada", *Ediciones el País S.L.*, 2016

RANDO CASERMEIRO, P. (2010). *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica* (págs. 40-45, 87-90, 143-151). Valencia: Tirant lo Blanch.

REBOLLO PUIG, M., "Disciplina urbanística"

ROBES PLANAS, R., Hirsch, A., Seelmann, K., Wohlers,W. (2012). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo* (págs. 13-19). Barcelona: Atelier.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2001). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (págs. 121-131). Madrid: Civitas.

SOLAZ SOLAZ, E., "La ordenación del territorio y el urbanismo: El delito del artículo 319 del Código Penal", *La Ley Penal*, núm. 116, 2015