

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: septiembre

Potestad administrativa sancionadora. Estudio de sus diferencias respecto al Derecho penal.

Sanctioning administrative power. Study of their differences regarding criminal law.

Realizado por el alumno: D. Ibrahim Labrador Suárez.

Tutorizado por: Prof. Dr. Luis F. Prieto González.

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas.

Área de conocimiento: Derecho administrativo.

ABSTRACT

The distinction between criminal law and sanctioning administrative law has been a work that has provoked intense debates between doctrine and jurisprudence. While discussing the guiding criteria of each of the punitive systems, the legislator incurs legislative atrocities. This leads us to carry out an exhaustive analysis of the various theories and pathways proposed by the writers and studies of law.

We can't forget that the sanctioning administrative law owes its legal regime in large part to criminal law, since without it it would not have been possible for him to have the principles of legality, typicality, unlawfulness and guilt, among others. Now, although these are present in their nature, they are not always applied in the same way, since certain nuances are appreciated.

In this work it is necessary to point out the importance of the non bis in idem principle, which prohibits the duality of sanctions. Despite this mandate it happens that the legislator configures objective types that coincide in both the criminal and administrative instances. That is why we will explain the appropriate mechanisms to deter this problem.

RESUMEN

La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador ha sido una labor que ha provocado intensos debates entre la doctrina y la jurisprudencia. Mientras se discute cuáles son los criterios rectores de cada uno de los ordenamientos punitivos, el legislador incurre en atrocidades legislativas. Esto nos lleva a realizar un análisis exhaustivo de las diversas teorías y vías propuestas por los tratadistas y estudios del derecho.

No podemos olvidar que el Derecho administrativo sancionador debe su régimen jurídico en gran parte al Derecho penal, pues sin este no hubiese sido posible que aquel contara con los principios de legalidad, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, entre otros. Ahora bien, aunque estos estén presentes en su naturaleza, no siempre son aplicados de la misma forma, ya que se aprecian ciertos matices.

En este trabajo es necesario señalar la importancia del principio non bis in ídem, que prohíbe la dualidad de sanciones. Pese a este mandato ocurre que el legislador configura tipos objetivos que coinciden tanto en la instancia penal como en la administrativa. Es por ello que explicaremos los mecanismos idóneos para disuadir este problema.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. ASPECTOS GENERALES.....	6
1.1 Concepto de sanción.....	6
1.2 Tipos de actos administrativos de gravamen que no gozan del carácter de sanción.....	8
1.3 Antecedentes de la potestad sancionadora en España.....	10
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	13
2.1 Estado de la cuestión.....	13
2.2 La teoría clásica frente a la teoría actual.....	13
2.3 Teorías cualitativas, cuantitativas y eclécticas.....	14
2.4 El bien jurídico como criterio rector de la distinción.....	15
III. ELEMENTO SUBJETIVO.....	17
3.1 Los sujetos en el procedimiento administrativo sancionador.....	17
3.1.1 Sujeto activo.....	17
3.1.2 Sujeto pasivo.....	22
IV. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	24
4.1 Principio de legalidad.....	24

4.2 Principio de tipicidad.....	25
4.3 Principio de antijuricidad.....	27
4.4 Principio de culpabilidad.....	29
V. PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM.....	33
5.1. Aproximación al principio non bis in ídem.....	33
5.2. Coincidencias entre tipos penales y tipos administrativos.....	35
5.3. Especial consideración a las estructuras de peligro y resultado.....	37
CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41
WEBGRAFÍA.....	42
FUENTES JURÍDICAS.....	42
Jurisprudencia.....	42
Legislación.....	44

INTRODUCCIÓN

El motivo principal por el que se ha seleccionado esta temática de estudio tiene su razón de ser en la escasez de obras que abordan de manera específica y amplia la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Si bien es cierto que, a lo largo de los años, tanto la doctrina como la jurisprudencia han llevado a cabo valiosas labores de interpretación, la realidad refleja cómo aún queda mucho por trazar para alcanzar la ansiada certeza y su consecuente seguridad jurídica.

El problema se origina por la incontrolada expansión que ha sufrido en el transcurso de la historia el ordenamiento punitivo y, a su vez, por la evidente falta de coordinación existente entre las ramas que lo componen. Y es que la dualidad de regímenes sancionadores, en ocasiones, presume un innegable desconcierto en los ciudadanos, quienes no conocen con exactitud cuál normativa le es aplicable: si la penal o la administrativa sancionadora. Esto se debe a que actualmente las fronteras entre ambos están menos claras y, por tanto, su delimitación se aclama con urgencia.

Es por ello que venimos a recopilar todas las teorías y vías contempladas por la literatura jurídica con el fin de aproximar al lector ante la controvertida situación y, asimismo, desentrañar los diferentes medios e instrumentos que se disponen para hallar la solución en cada caso concreto. En todo caso, el fin último de este quehacer estará inspirado en unas coherentes pautas de intervención punitiva.

En este trabajo no solo hablaremos de las diferentes teorías, que en gran medida auxilian a solventar las trabas que supone el solapamiento de los tipos penales con los tipos administrativos, sino que aprovecharemos para adentrarnos en un análisis exhaustivo que nos permita atravesar todo el universo que rodea al derecho administrativo sancionador, pasando ineludiblemente por descubrir las diferencias o matices que se aprecian en la operatividad de aquellos principios rectores que en su día fueron trasladados desde el derecho penal al derecho administrativo sancionador, es decir, los principios de legalidad, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Conviene advertir al lector que, a pesar de ser temas de sumo interés, hemos prescindido de hablar sobre el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad de las personas jurídicas, el derecho comparado, etc. Teniendo en cuenta las dimensiones de una obra de estas características, abarcar tantos asuntos puede ser excesivo. Es por ello que nos centramos en lo que se puede considerar el núcleo esencial de la distinción entre las dos instancias encargadas de ejercer el *ius puniendi*.

I. ASPECTOS GENERALES

1.1. Concepto de sanción

La sanción administrativa es el instrumento de carácter represivo que tienen atribuido determinados órganos del Estado para castigar hechos antijurídicos, así como, en la medida de lo posible, reestablecer el orden alterado. En aras de precisar la noción de sanción, en lo que a esta disciplina jurídica respecta, podemos detallar los siguientes elementos definitorios:

- Se trata de una manifestación del *ius puniendi*, en tanto en cuanto estamos ante una de las facultades sancionadoras de las que dispone el Estado. Como bien sabemos, el Estado ostenta el monopolio exclusivo sobre el derecho a penar. En ese sentido, y para la aplicación de este, nuestro ordenamiento jurídico decide distribuir la potestad de sancionar en dos subsectores: el administrativo y el penal. En palabras de Alejandro Nieto¹: “la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado”.
- La autoridad que impone estas sanciones es la Administración, a través de todos los entes que la integran. Por tanto, dejamos fuera todos aquellos hechos que sean constitutivos de delito o delito leve, cuyo conocimiento excede del ámbito competencial de la Administración, correspondiendo, por ende, al orden penal y a su entramada composición de órganos jurisdiccionales.
- Es un poder represivo que tiene como objeto neutralizar aquellas conductas infractoras que revistan especial gravedad o lesionen intereses colectivos. Los mecanismos de reacción de los que dispone el Estado pueden ser diversos y su respuesta puede variar atendiendo a la gravedad de la lesión ejercida por el infractor sobre el bien jurídico

¹ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 20.

protegido. En unos casos, como ocurre sobre todo en el Derecho privado, la réplica consistirá en declarar la invalidez de un acto jurídico contrario a derecho, en la obligación de reparar un daño, en la reposición del orden afectado al estado anterior a la perturbación e incluso en el resarcimiento de daños y perjuicios a favor del perjudicado. En otros, sin embargo, la lesión es tan gravosa que no puede salvarse con la protección media que nos brinda el derecho privado, sino que por el contrario merece la aplicación de medidas de mayor grado de coerción. Aquí nos encontramos ante lo que Santamaría Pastor califica como «fin de punición» o castigo al infractor y «fin de prevención» o desaliento futuro de conductas similares².

Autores como García de Enterría o Suay Rincón ofrecen una definición cabal del concepto de sanción. El primero sostiene que “por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”³. Por su parte, Suay Rincón completa lo anterior señalando que este mal infligido es consecuencia “de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”⁴. Lo que nos quiere decir este último autor es que la sanción impuesta no atiende a criterios de arbitrariedad o discrecionalidad, sino que para su imposición se sigue un trámite legalmente tasado al efecto, que no es otro que el procedimiento sancionador.

Hemos hecho referencia a la división o desdoblamiento que sufre el derecho a penar en nuestro sistema punitivo, circunstancia que ha motivado por obra de la jurisprudencia la creación de la idea del «supra-concepto del ilícito»⁵. En base a esta idea, se trata de explicar cómo el derecho administrativo sancionador ha incorporado a su estructura los elementos del delito que presiden en el derecho penal. Se podría decir que la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2000 es la más expresiva y clarificadora al respecto, disponiendo que:

[...] la infracción administrativa, al igual que el delito o la falta, se integran por elemento objetivo –acción u omisión, tipicidad, antijuricidad y punibilidad-, y el elemento subjetivo –culpa o dolo-, siendo necesaria la concurrencia de todos ellos para la exigencia de la responsabilidad sancionadora.

² Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, p. 423.

³ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed. Aranzadi, Navarra, p.169.

⁴ Suay Rincón, J. (1989). *Sanciones administrativas*. 1ª ed. Bolonia, Zaragoza, p. 55.

⁵ Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, pp. 51 y 52.

De forma más pormenorizada se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de febrero de 2006, la cual indica lo siguiente:

[...] las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho.

1.2. Tipos de actos administrativos de gravamen que no gozan del carácter de sanción

Huelga decir que toda infracción penal comporta una sanción penal –siempre que se den los elementos esenciales del delito-. No obstante, en el orden administrativo no podemos expresar lo mismo, ya que no toda infracción administrativa necesariamente debe tramitarse a través de un procedimiento administrativo sancionador. Como base de este argumento, existen numerosos supuestos de actos administrativos que, suponiendo un gravamen para el sujeto pasivo, prevén una consecuencia jurídica que está alejada de revestir forma de sanción. Pese a ello, que no ostenten esa consideración no significa que la consecuencia sea de índole menor, pues en muchas ocasiones el mal que profieren es de tal magnitud que resulta incalculable.

A continuación, valiéndonos de la obra de Manuel Rebollo⁶, pasamos a exponer algunos ejemplos de actos administrativos que no participan de la naturaleza sancionadora:

- Demoliciones y restablecimiento de la realidad física ilícitamente alterada. Esto se ve, sobre todo, en la legislación urbanística. Básicamente, cuando se ordena la demolición de edificios construidos ilegalmente y que no son legalizables. El TS declaró que no es sanción “acordar la demolición de la obra ilegalmente construida para establecer el equilibrio alterado de la seguridad vial, y por ello, aunque se anule la sanción, debe subsistir la obligación de demolición del cerramiento ilegal”⁷.
- Órdenes de cese de actividades o cierre de establecimientos. Estas órdenes traen causa de la operatividad de una actividad carente de licencia, concesión u otra autorización

⁶ *Ibidem*, pp.67 – 104.

⁷ STS de 5 de junio de 1998.

administrativa que le habilite. Como ejemplo, tenemos que el alto tribunal negó la consideración de sanción al cierre y precinto de un pub que no disponía de licencia⁸.

- Indemnizaciones en favor de la Administración. El Tribunal Constitucional estableció que “la imposición de la obligación indemnizatoria (...) no participa de la naturaleza sancionadora”⁹.
- El reintegro de subvenciones. Las cantidades concedidas por medio de una subvención deberán ser reintegradas cuando se incumplen las condiciones inherentes a su obtención. Esta orden no atiende a ejercicio alguno de potestad sancionadora, si bien, puede ser compatible con otro tipo de sanciones que se hayan impuesto con ocasión del reintegro¹⁰. Lo que sí constituye sanción es la resolución administrativa que retira a una persona la autorización para recibir subvenciones¹¹.
- Recargos tributarios. En principio, los intereses de demora que se devengan a favor de la administración no tienen naturaleza sancionadora, sino resarcitoria¹². Pero en la medida en que esos recargos se aproximen al importe de las sanciones, podría afirmarse que estamos ante una sanción¹³.
- La expropiación. A pesar de la denominación doctrinal «expropiación-sanción», la expropiación no es una decisión que se toma con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras, sino que se basa en un incumplimiento de la función social de la propiedad¹⁴.
- Multas coercitivas. El tribunal Constitucional dice que con ellas:

[...] no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita (...) sino

⁸ STS de 7 de mayo de 2002.

⁹ STC 100/2003, de 2 de junio, de 2003.

¹⁰ STS de 26 de junio de 2007.

¹¹ STS de 4 de marzo de 2005. En ella se declaró la pérdida del derecho a obtener subvenciones durante el período de un año por incumplir una empresa la normativa sobre composición del aceite.

¹² STS de 14 de octubre de 1998.

¹³ STC 164/1995, de 13 de noviembre, de 1995.

¹⁴ STC 42/1989, de 16 de febrero, de 1989.

que consiste en una medida de constreñimiento económico (...) tendente a obtener la acomodación de un comportamiento¹⁵.

1.3. Antecedentes de la Potestad sancionadora en España

Para hallar las raíces de la potestad sancionadora en España no es necesario situarnos en un período histórico muy remoto, basta con que tomemos de referencia el constitucionalismo español¹⁶, que es el que marca la tendencia evolutiva de esta.

En primer lugar, cuando las cortes de Cádiz aprobaron la Constitución de 1812 decidieron establecer una división de poderes: el poder judicial recaía en manos de los tribunales de justicia y el ejecutivo sería atribuido al Rey y a sus ministros. No obstante, en su título IV, introdujeron varias restricciones a la autoridad del Rey, concretamente en el artículo 172, entre las que destaca la instituida en su materia undécima: “no puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna”¹⁷. Esta es una clara manifestación de que el *iuspuniendi* era un asunto exclusivamente judicial, del que se ocupaba el derecho penal.

Más tarde, llegaría la primera república española con su Proyecto de Constitución Federal de 1873. Aquí no era concebible la figura de la Corona, por lo que el Poder ejecutivo se ejercía por medio del Consejo de Ministros. Este también tenía vedado el uso del derecho a penar, pues así lo reflejaba el título X, en un artículo sin enumeración que disponía lo siguiente: “queda prohibido al Poder ejecutivo, en todos sus grados, imponer penas, ni personales ni pecuniarias, por mínimas que sean. Todo castigo se impondrá por el Poder judicial”¹⁸.

Pese a todo lo expuesto, existieron varias salvedades a esta regla que en cierta medida constituyeron el precedente del auténtico nacimiento de la potestad sancionadora de la Administración. A continuación se enuncian algunos ejemplos¹⁹:

¹⁵ STC 239/1988, de 14 de diciembre, de 1988.

¹⁶ Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, p. 425.

¹⁷ Constitución española de 1812. Disponible en:

http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf.

¹⁸ Proyecto de Constitución federal de 1873. Disponible en:

http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/cons1873_cd.pdf.

¹⁹ Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, pp. 425 y 426.

a) Los alcaldes. Estos estaban dotados de facultades sancionadoras en el ejercicio de sus funciones para velar por el orden de la ciudad. Esto trae causa del Antiguo Régimen, donde los denominados «alcaldes de barrio» ostentaban carácter de órganos judiciales. El instrumento normativo que desarrolló esta idea fue la Real Cédula de 21 de octubre de 1768, referida a la ciudad de Madrid, que se hizo extensible a otras ciudades. Entre otras previsiones se decía que “los Alcaldes tendrán el despacho civil y criminal en la Cárcel de Corte, donde...podían oír en sus casas los juicios verbales, quejas familiares o semejantes recursos de menor monta”²⁰. Además establecía la forma en la que se debía ejercer tanto la jurisdicción criminal como la jurisdicción civil²¹.

Ya en el siglo XIX, dentro del propio período constitucional, se publicaría el Decreto de las Cortes, de 3 de febrero, de 1823, que venía a ahondar más en lo mismo y a reforzar la figura de las entidades de Régimen Local, ofreciéndoles más competencias en materia sancionadora para castigar aquellas infracciones relativas a «las leyes de policía y bandos de buen gobierno». Se trataba sobre todo de supuestos de desobediencia en los que los subordinados a una orden incumplían las disposiciones o directrices de esta.

b) Las autoridades gubernativas. Los Gobernadores civiles y Ministros de la Gobernación tomaban conocimiento de aquellos hechos contrarios al orden público, merecedores de sanción. Ahora bien, la idea de orden público se convirtió en una herramienta para justificar la persecución política, en especial, en las tres etapas más convulsas de nuestra historia contemporánea, es decir, en la Dictadura de Primo de Rivera, en la Segunda República de 1931 y en el Gobierno de Franco. Es en esta última etapa donde termina de fortalecerse con la Ley de Orden Público de 1959.

c) La consideración del derecho administrativo sancionador como un «un derecho penal de segundo nivel». De acuerdo con criterios graduales, se fue reconociendo paulatinamente a la Administración autoridad para castigar infracciones de carácter menor, que pronto empezaron a recogerse en Reglamentos y otras disposiciones normativas. Por consiguiente, se establecía un mínimo indisponible: las sanciones administrativas no podían superar cuantitativamente a las faltas contempladas en el Código penal. La única

²⁰ Real Cédula de 21 de octubre de 1768, de Madrid, p.5. Recuperado de:
http://bibliotecavirtualmadrid.org/bvmadrid_publicacion/es/consulta/registro.do?id=470

²¹ *Ibidem*, p.3.

forma de romper este blindaje es que existiese una previsión legal que dispusiere lo contrario.

Conocidas estas excepciones, seguimos avanzando por el devenir histórico con el objeto de revelar el momento exacto en que irrumpió la potestad de sancionar que poseen los entes públicos. Decíamos que en pleno franquismo se promulgó la Ley de Orden Público, que era una ley que exponía los diferentes escenarios en los que se entendía perturbado el orden público (tumultos en la vía pública, desobediencia a las autoridades, manifestaciones ilegales o que produjeran violencia, etc.), distinguiéndose entre situaciones normales, estados de excepción y guerra²². Cada uno de ellos llevaba acuñado un tipo de corrección que era de aplicación, por un lado, conforme a su naturaleza y a su gravedad y, por otro lado, atendiendo a la autoridad que la impusiese y la entidad territorial donde se cometieran los hechos. Manuel Álvaro Dueñas, historiador, reconstruyó esto último en un ilustrativo ejemplo:

Un alcalde podía sancionar por importes de entre 250 y 5.000 pesetas en función del número de habitantes del municipio. En localidades de 10.000 vecinos, por ejemplo, se podían llegar a abonar 500 pesetas. En el caso de los gobernadores civiles, las cuantías de las multas llegaban a las 25.000 pesetas. Hasta 100.000 si la sanción provenía del ministro de Gobernación y 500.000 si la imponía el Consejo de Ministros²³.

Dicho todo esto, se puede aseverar que el momento álgido del sistema represivo se alcanza con la referida ley. Pero con esta afirmación no queremos apuntar que esta ley fuera el pórtico de entrada de la potestad sancionadora. Mucho antes, concretamente, en 1939, se dictó la Ley de Responsabilidades Políticas, con la cual la instancia administrativa adquiriría los elementos y garantías represoras que actualmente posee. La singularidad de esta ley radicaba en su fin - puesto que iba dirigida a castigar a aquellas personas y partidos políticos que se opusieran a los militares sublevados del «bando nacional»- y en la retroactividad de su aplicación -ya que se extendía hasta el año 1934, según expone su artículo primero-²⁴. Cabe señalar que esta norma, a lo largo de su articulado, establece el procedimiento para la imposición de sanciones. Toda una novedad para la época, que iba a significar un antes y un después en esta materia.

²² Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE núm. 182, de 31/07/1959).

²³ Campelo, P., *las leyes de Franco para oficializar el miedo*. *Público*, 25 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://www.publico.es/actualidad/leyes-franco-oficializar-miedo.html>.

²⁴ Ley, de 9 de febrero de 1939, de Responsabilidades Políticas (BOE núm. 310, de 9/02/1939) .

II. NATURALEZA JURÍDICA

2.1. Estado de la cuestión

Cuando hablamos de potestad sancionadora, inevitablemente pensamos en el derecho punitivo de la instancia penal. Esto se explica por la estrecha relación que guardan el ilícito administrativo y el ilícito penal, circunstancia que ha provocado que los principios y garantías del derecho penal hayan sido trasladados directamente al derecho administrativo²⁵. A lo largo de los años, se ha tratado de hallar las diferencias existentes entre ambos sectores, con el ánimo de alcanzar una certeza sobre la auténtica naturaleza jurídica de una y otra. Bien, de este análisis se ha encargado la doctrina jurídica, habiéndose elaborado diversas teorías al respecto.

2.2. La teoría clásica frente a la teoría actual

Los seguidores de la doctrina clásica tratan de examinar las diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo desde el prisma de su propia naturaleza, esto es, comprobar si se puede distinguir la infracción administrativa y el delito teniendo en cuenta su esencia u ontología. En otras palabras, lo que se persigue es determinar qué es infracción administrativa y qué no es infracción administrativa (y, por tanto, delito o hecho atípico).

Los dogmas de la teoría clásica se fueron aplicando hasta el siglo XX. A partir de aquí se produce un punto de inflexión y es entonces donde se rompe con la teoría clásica, entendiéndose que para calificar una conducta como delito o infracción administrativa habría que atender a consideraciones valorativas o teleológicas. Aquí se abandona esa concepción ontológica del concepto de sanción, centrándose la nueva doctrina en discutir qué bien jurídico protege la norma, cuál es el grado de peligrosidad de la acción que atenta contra el bien jurídico en cuestión, el grado de intolerabilidad, etc.²⁶.

Llegados a este punto, y con el objeto de despejar cualquier duda al respecto, debemos aclarar que el Derecho administrativo no se halla subordinado al Derecho penal. Las relaciones que rigen entre estas dos materias no se encuentran fundadas en el principio de jerarquía, sino en el

²⁵ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 159.

²⁶ Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 47 – 50.

de competencia. En todo caso, “el Derecho penal aparece en la materia sancionadora como un Derecho supletorio de segundo grado”²⁷. Así lo explica, de forma sintética, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Exposición más detallada es la que nos ofrece la sentencia de 13 de mayo de 1988:

*El derecho Administrativo no es un Derecho excepcional ni tampoco un Derecho especial: es el Derecho común y general de las Administraciones Públicas con principios propios dotados de fuerza expansiva, de suerte que sus lagunas han de cubrirse ante todo utilizando los propios criterios del Derecho administrativo. Solo si en este no se encuentra base bastante (...) podrá acudir al Código penal, invocable en razón de la unidad sustancial del ordenamiento jurídico y de su mayor madurez legal*²⁸.

2.3. Teorías cualitativas, cuantitativas y eclécticas

La teoría cualitativa defiende que entre el ilícito administrativo y el ilícito penal existen diferencias materiales o sustanciales, las cuales permiten delinear uno y otro, de acuerdo con la naturaleza jurídica que presentan. Al respecto, existe un posicionamiento doctrinal que, sin mucho acierto, se esfuerza en desbloquear esta distinción. Este parte de la siguiente premisa: “los delitos conllevan un especial juicio de desvalor ético, mientras que lo ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a las normas administrativistas”²⁹. El problema radica en que no es una labor sencilla identificar cuándo un comportamiento transgrede una disposición normativa que incorpora valores de considerable relevancia ético-social. Por lo que no estamos ante un criterio fiable del que nos podamos valer al ciento por ciento para hallar definitivamente la distinción. Más aún cuando sucede a menudo que el Parlamento tipifica conductas que la sociedad entiende que no son merecedoras de reproche; y, por el contrario, no legisla aquellos comportamientos de los que la comunidad social reclama punibilidad.

Luego tenemos la teoría cuantitativa. Esta parte de la identidad sustancial de los ilícitos, pero acentuando la diferencia en su carácter cuantificable. Es decir, que se gradúa el contenido del injusto y, dependiendo de la gravedad, el hecho deviene subsumible en una disposición penal o en una disposición administrativo-sancionadora. Según esta tesis, el grado de gravedad del hecho

²⁷ STS, de 14 de diciembre, de 1988, FJ. 3º.

²⁸ STS de 13 de mayo de 1988, FJ. 3º, que declaraba que para fijar el plazo de prescripción en el orden administrativo, podría acudir al Derecho penal cuando no estuviese regulado.

²⁹ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, p. 77.

ilícito es menor que el Derecho penal y, por tanto, la sanción que recaiga debe ser de menor cuantía³⁰. Claro ejemplo de esto es el delito fiscal, por el que se impone una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo, siempre que la cantidad defraudada haya superado los 120.000€³¹. Mientras que, si la cantidad es inferior a esta cifra, es competencia de la administración tributaria, quien aplicará su sistema de sanciones contemplado en la Ley General Tributaria³².

Por último, mencionar a las teorías eclécticas. Estas son más neutrales y no muestran oposición a ninguna de las teorías anteriormente expuestas. Esta posición combina ambos criterios, manteniendo que entre las infracciones administrativas y los delitos más graves, además de poder existir diferencias cuantitativas, se hallan características delimitadoras de índole cualitativa³³. Sírvese de ejemplo la diferencia entre un homicidio y una defraudación de 150 euros. No solo apreciamos el indicador que nos permite cuantificar el ilícito, sino que, en este supuesto, la sustancialidad adquiere especial protagonismo.

2.4. El bien jurídico como criterio rector de la distinción

Sabemos que en el Derecho penal coexiste un sinfín de bienes jurídicos a los que se les dedica una protección o amparo especial. Según su naturaleza, los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento pueden ser materiales (por ej.: la propiedad, cuando un vehículo ha sido robado) o personales (por ej.: la integridad física, cuando una persona ha sufrido una agresión).

Por su parte, la respuesta del Derecho administrativo no se fundamenta únicamente en el daño a un bien jurídico, sino que todas sus medidas están dirigidas, en primer lugar, a condenar aquellas conductas que infrinjan o quebranten el deber de obediencia o de colaboración por parte de los administrados con la Administración pública, salvaguardando, por lo general, el correcto funcionamiento de la Administración pública y, cuando se trate de ilícitos disciplinarios,

³⁰ Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 53.

³¹ Art. 305 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995).

³² Arts. 191 – 206 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de 2003, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18/12/2003).

³³ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 84 – 87.

preservando el orden y la disciplina interna³⁴. Por lo tanto, en el Derecho administrativo los bienes merecidos de protección se conciben no como bienes jurídicos de primer grado, sino como bienes jurídicos secundarios³⁵.

A pesar de lo expuesto, en numerosas ocasiones resulta complicado deslindar el ámbito de actuación de esta dualidad de disciplinas, puesto que el bien jurídico cuenta con la cobertura legal y reglamentaria que consagran ambas. Anteriormente no existía ese problema pues se negaba al Derecho administrativo la protección de bienes jurídicos, reservando esta posibilidad solo al Derecho penal. Se entendía que el Derecho administrativo solo actuaba con la finalidad de proteger los *intereses administrativos* del Estado, y de este modo alcanzar su objetivo último, que no es otro que el bienestar social. Actualmente, esta idea ha quedado desfasada, por lo que estamos ante un nuevo enfoque, por el que se reconoce que todos los sectores del ordenamiento jurídico están facultados para acometer la protección de los bienes jurídicos, incluyendo, como no puede ser de otra manera, al Derecho administrativo.

Entonces, partiendo de esto último, la tarea ahora consiste en separar los bienes jurídicos penales del resto de bienes jurídicos. Bien, para ello debemos acudir a un análisis de los criterios de lesividad. Este análisis sería imposible sin hacer alusión a los principios de fragmentariedad y subsidiaridad o *ultima ratio*, cuyos dictados facilitan la delimitación del objeto de protección. Para Casermeiro:

La fragmentariedad exige la selección de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y, del mismo modo, requiere la subsidiariedad que acudamos sólo al derecho penal cuando otros instrumentos menos lesivos para el ciudadano no puedan cumplir los fines de tutela de, precisamente, los mismos ataques a los mismos bienes jurídicos³⁶.

Es por ello que empleamos el Derecho penal como último recurso, cuando el grado de lesividad exceda de los parámetros normales para los cuales la protección administrativa fuese insuficiente o ineficaz.

³⁴ Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, pp. 272 y 273.

³⁵ Ruíz Rodríguez, M.A. *La potestad sancionadora y su relación con el Derecho penal*. Toledo, pp. 2 – 6.

³⁶ Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 256.

III. ELEMENTO SUBJETIVO

3.1 Los sujetos en el procedimiento administrativo sancionador

Al igual que ocurre en el Derecho penal, para determinar quiénes son los sujetos intervinientes en una infracción administrativa, a través del procedimiento sancionador, empleamos la fórmula del sujeto activo y el sujeto pasivo. Tomando en préstamo esta idea, los sujetos de la infracción serán las personas en las que recaen directamente las consecuencias de la acción infractora.

3.1.1 El Sujeto activo

El artículo 25.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público reconoce la titularidad activa de la potestad sancionadora a las “Administraciones públicas”, condicionando su ejercicio al previo reconocimiento por medio de “una norma con rango de Ley”. En el párrafo segundo del mencionado precepto, se puntualiza lo siguiente: “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”³⁷. Esto último posibilita su ejercicio por otras entidades de Derecho público, no contempladas únicamente en la Ley.

Si consultamos el artículo 2.3 de la LRJSP, nos encontramos con un breve listado de entes considerados como Administraciones Públicas, los cuales son: la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Entidades que integran la Administración Local; y los organismos públicos y entidades de derecho público dependientes de las Administraciones públicas.

Ante toda esta yuxtaposición de órganos administrativos capacitados para acometer el ejercicio de la potestad sancionadora, se instaura lo que se denomina como «doble fragmentación del Derecho administrativo sancionador»³⁸. Por consiguiente, tenemos la fragmentación sectorial o material y la fragmentación subjetiva. La primera parte del reparto competencial que

³⁷ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 02/10/2015).

³⁸ Césares Marcos, A. *Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes constitucionales y corporativos*. *Revistas electrónicas INAP*. p. 6.

confecciona la Constitución, mientras que la segunda se refiere al concreto órgano administrativo encargado de su ejercicio:

A) Fragmentación sectorial o material del sujeto activo

Siguiendo el criterio de fragmentación sectorial, y analizando tanto los arts. 148 y 149 de la Constitución española –relativos a la competencia de las CCAA y el Estado, respectivamente–, percibimos que no hay alusión directa alguna a la potestad sancionadora. Sin embargo, a pesar de no hacerse mención expresa, podemos observar que el 148 incorpora referencias a diversas materias, que, entre otras cosas, habilitan al legislador autonómico para diseñar un procedimiento administrativo que se dirija a sancionar las infracciones que perturben el correcto funcionamiento de estas. Sobre la misma base, el régimen jurídico sancionador del que dispone el Estado se infiere del apartado 18 del artículo 149. De este apartado nos interesan sus dos primeras menciones: “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un trato común ante ellas” y “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”.

En vista de esto, a tenor de las palabras de Anabelén Césares, hemos de concluir que:

A raíz de su estrecha relación, cualquier competencia asumida por las Comunidades Autónomas respecto al régimen sancionador aplicable en un ámbito sectorial concreto perteneciente a su ámbito competencial tendrá que partir necesariamente del respeto a las facultades que corresponden al Estado en la materia³⁹.

Por lo que la actuación de las Comunidades Autónomas debe contemplarse salvaguardando el límite que establezca al efecto el Estado cuando configure el procedimiento administrativo. Ese procedimiento administrativo común, referido en este caso al régimen sancionador, será desarrollado en los términos de igualdad que se prevén en la materia primera del artículo 149. En sintonía, el Tribunal Constitucional, que se atrevió a relacionar las materias 1ª y 18ª, se pronunció indicando lo siguiente: “esa garantía mínima que redundaba en un beneficio de los administrados” debe jugar “por igual para todos los españoles”⁴⁰.

³⁹ *Ibidem*, P.7

⁴⁰ STC 23/1993, de 21 de enero, de 1993, FJ. 3º.

Por último, no podemos olvidarnos de los entes locales, cuya potestad sancionadora es atribuida al Alcalde. Así lo reconoce el artículo 4.1, letra f, de la Ley de Bases de Régimen Local en relación con el artículo 21, letra k y n⁴¹. Aunque, como estas últimas letras indican, esta función puede ser delegada en otros órganos. En cuanto a la intervención de los entes locales, se deja a un lado el criterio gradual –por el que la imposición de la sanción era mayor cuanto más dimensión tuviese el municipio-, pero se mantiene una tendencia a infravalorar el poder de estas Administraciones públicas, puesto que se les atribuye el conocimiento de infracciones de menor cuantía, sea cual sea el volumen de población del municipio⁴².

Se hace preciso aclarar que ni las Ordenanzas o Reglamentos aprobados por las Entidades locales ni los Bandos dictados por el Alcalde pueden contradecir lo dispuesto por una norma con rango de Ley. Lo que sustraemos de esta representación es que el contenido de la potestad sancionadora va perdiendo peso a medida que descendemos en la escala de la territorialidad.

B) Fragmentación subjetiva del sujeto activo

Hablábamos *supra* de la pluralidad de órganos administrativos que pueden imponer una sanción. En síntesis, estos son la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los entes institucionales. Bien, estos últimos merecen un estudio singularizado, debido a que su naturaleza puede ser de lo más heterogénea.

Antes de proceder a enunciar la clasificación de las administraciones institucionales, debemos destacar que con la nueva regulación de la Ley 40/2015 se suprime la alusión a las agencias estatales, las cuales se contenían en la LOFAGE⁴³. En el artículo 84 de la nueva ley se configura un número clausus de entes del sector público institucional, excluyendo cualquier otro no previsto en el precepto⁴⁴. En lo que refiere a su competencia, el artículo 89 dice que “les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los

⁴¹ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de régimen Local (BOE núm. 80, de 03/04/1985).

⁴² Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 106.

⁴³ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15/04/1997). Esta disposición normativa fue derogada por la actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 239, de 02/10/2015).

⁴⁴ Gallardo Romera, E. *La nueva administración institucional en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*. *Laleydigital*, de 1 de octubre de 2016. Disponible en: <https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjcxNTQ7Wy1KLizPw8WyMDQzMDSyMjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGdjEv01AAAAWKE>

términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria”. Aquí podemos comprobar que, al exceptuar solamente la potestad expropiatoria, están legitimados, entre otras cosas, para el ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que así lo contemplen los estatutos y en la forma que dispongan. No obstante, esta será una potestad complementaria o secundaria, tal y como se prevé en el siguiente párrafo:

Los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento para cumplir con los fines y el servicio encomendado, en el marco y en el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio.

A continuación, y sin más dilación, pasamos a nombrar y explicar los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado que se integran en el mencionado artículo 84:

- Organismos autónomos: El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los organismos autónomos lo habilita el artículo 89 de la LRJSP –referido a la competencia en materia de potestades administrativas de los organismos públicos estatales-. Esto lo enlazamos con la sujeción genérica de los organismos autónomos al Derecho administrativo y de sus actos y resoluciones a los recursos administrativos previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas. A su vez, si este precepto lo relacionamos con el 25, resulta que necesitamos de la existencia de una norma con rango legal o reglamentario que atribuya el conocimiento de la potestad sancionadora a un organismo autónomo, siempre que antes se haya reconocido esa potestad sancionadora, de forma exclusiva, a través de la ley.
- Entidades públicas empresariales: En el artículo 105 se les reconoce el ejercicio de las potestades administrativas. Al igual que ocurre con los organismos autónomos, la dependencia respecto del artículo 25 de la Ley es ineludible.
- Autoridades administrativas independientes de ámbito estatal: Si bien, aunque estos entes son independientes, sus propios estatutos confirman la existencia de multitud de matizaciones entorno a su naturaleza. Entre ellas, tenemos que la Administración General

del Estado les encomienda potestades reglamentarias y potestades sancionadoras⁴⁵. Eso sí, para ello debe contarse con la autorización de una norma con rango de Ley.

- Sociedades mercantiles estatales: En principio este ente institucional no tiene atribuido el poder represivo suficiente para imponer una sanción. Así lo refleja el artículo 113 de la LRJSP, cuyo tenor literal indica lo siguiente: “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. Obviamente, entre otras cosas se ve afectada la potestad sancionadora. Ahora bien, si seguimos con la lectura del referido artículo, encontramos una vía para que las sociedades mercantiles estatales puedan acometer su ejercicio: “sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”. Por tanto, la remisión al artículo 25 de la LRJSP es palmaria y habilita a estos entes.
- Consorcios: Como sucede con los demás entes institucionales, los consorcios gozan de potestad administrativa sancionadora en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la LRJSP y por su inclusión expresa en el artículo 84. En cuanto a su régimen jurídico, se señala en el artículo 119 que los consorcios se rigen por esta ley, la normativa autonómica y sus propios estatutos. Lo que significa que en estos dos últimos puede contenerse un desarrollo más exhaustivo y completo sobre sus potestades administrativas y su relación de dependencia con la administración pública matriz.
- Fundaciones del sector público estatal: En el artículo 8 de la Ley de Fundaciones es donde se reconoce a las personas jurídicas la posibilidad de constituir fundaciones de naturaleza pública. A estas se les permitía solamente la realización de actividades vinculadas con el ámbito competencial del órgano administrativo fundador, quedándoles vedado, tal y como establecía el artículo 46, el ejercicio de potestades públicas –potestad administrativa sancionadora, inclusive-. Esto era “por estar sujetas a la normativa común aplicable al resto de fundaciones privadas”⁴⁶. No obstante, esta previsión fue derogada por la LRJSP, donde se incluyó un capítulo entero a regular las fundaciones estatales, quedando encuadradas como sujetos susceptibles de ejercer activamente las potestades administrativas de su ente matriz.

⁴⁵ Césares Marcos, A. *Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes constitucionales y corporativos*. *Revistas electrónicas INAP*. p. 28.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 26.

- Fondos sin personalidad jurídica: Estos fondos “son masas patrimoniales afectos a fines específicos, cuya gestión se realiza con arreglo a normas financieras más propias del subsector empresarial que del administrativo, en parte específicas y en parte contenidas en la Ley General Presupuestaria”⁴⁷.
- a) Universidades públicas no transferidas: La potestad sancionadora de las Universidades se explica por la relación que tienen las personas matriculadas en la propia Universidad, las cuales reciben servicios prestados por la Administración a la que se encuentra adscrita tal Universidad⁴⁸. La fuente encargada de desarrollar los derechos y deberes de los estudiantes, mediante un sistema sancionador técnicamente disciplinario, es el Estatuto⁴⁹. Este régimen disciplinario se deduce de manera implícita cuando el legislador incorpora la expresión «mecanismos para su garantía», referida a los principios rectores y pautas de conducta que deben observar los estudiantes.

3.1.2 El sujeto pasivo

De forma genérica, al destinatario de la sanción en nuestro Derecho administrativo se le denomina «interesado». Así lo inferimos del artículo 4.1, letra b, de la LPAC, que de modo implícito atribuye esta condición a los sujetos pasivos cuando el procedimiento administrativo se inicia de oficio por parte de la Administración⁵⁰. Para que la administración inicie un procedimiento sancionador es *conditio sine qua non* que esa persona –a la que hemos designado como interesada- haya llevado a cabo una conducta infractora.

De este concepto de interesado, sustraemos una clasificación en función del tipo de relación que ostente el ciudadano con el Órgano administrativo competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador. De esta suerte, distinguimos entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial.

- a) Relaciones de sujeción general

⁴⁷ Pascual García, J. *La huida del Derecho administrativo, del presupuesto y de los contratos financieros por los nuevos entes del sector público*. *Dialnet revistas*, nº60/2010, p. 110.

⁴⁸ Pallarés Serrano, A. *Análisis del régimen disciplinario de los estudiantes universitarios. Especial referencia a los comportamientos fraudulentos y al plagio, en particular*. *Revista catalana de dret públic*, N°56, 2018 P. 161.

⁴⁹ Art. 46.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24/12/2001).

⁵⁰ Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, pp. 45 – 47.

El interesado se sitúa desde una posición genérica de ciudadano, sin atender a otras consideraciones que singularicen de forma específica su relación con la Administración⁵¹. En este tipo de relación, el interesado o administrado simple se muestra subordinado por razón de hallarse en el territorio donde esa Administración ejerce su soberanía. El ciudadano, como sujeto privado, actúa con total libertad en la defensa de sus propios intereses y, en efecto, su participación en el procedimiento sancionador quedará circunscrita a evitar que recaigan sobre sí las consecuencias de la infracción.

Sostiene Santamaría Pastor que hay numerosas leyes y sectores donde se derivan relaciones de sujeción general y que “la mayor parte de estos subsistemas sancionadores posee un ámbito sectorial muy definido (p. ej., costas, transportes terrestres)”⁵²

b) Relaciones de sujeción especial

Se trata también de un ciudadano, pero este goza de un status especial, por cuanto se encuentra vinculado a la Administración de modo particularizado. En contradicción al régimen general, la libertad del sujeto se caracteriza por estar restringida, esto es, por el poder que posee la Administración sobre el servicio del que disfruta el administrado o interesado⁵³. En consecuencia, el grado de influencia que tiene la Administración es cualitativamente mayor al que dispone en una relación de sujeción general y, por tanto, las medidas disciplinarias o sancionadoras pueden resultar más coercitivas y eficaces.

La jurisprudencia del Tribunal supremo ha sido la encargada de concretar en qué supuestos estamos ante una relación de sujeción especial, pudiendo extraer de ella algunos ejemplos⁵⁴: la existente entre la Administración y los funcionarios, los presos en una institución penitenciaria, los militares, los miembros de un Colegio profesional, los profesores en Centros docentes, etc.

⁵¹ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 15 – 19.

⁵² Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, p. 434.

⁵³ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 17 – 20.

⁵⁴ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, pp. 195 y 196.

IV. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

4.1. Principio de legalidad

Partimos del artículo 25.1 de la Constitución española, el cual establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Es aquí donde se consagra el principio de legalidad, incorporando en su texto tanto a los delitos como a las infracciones administrativas. Por su lado, pese a su inclusión en la redacción del precepto, las faltas han sido derogadas por el legislador, por lo que actualmente solo contamos con delitos e infracciones administrativas.

El legislador hace referencia también a la legislación vigente. Con esta expresión trata de declarar que requerimos una ley previa que permita al individuo conocer ex ante los límites y consecuencias de su conducta en el seno de la sociedad. Esto sería lo que se conoce como garantía criminal -*nullum crimen sine lege*-, o garantía sancionatoria, en lo que al Derecho administrativo sancionador refiere. Además, se exige que esta *lex* previa a su vez sea *lex certa*, de modo que cuanto más preciso y certero sea el supuesto de hecho determinado, de menos margen dispone la doctrina o la jurisprudencia para realizar labores de interpretación jurídica, las cuales en algunos casos resultan nefastas y conllevan a descarrilar el sentido para el que fue configurada la norma⁵⁵.

Asimismo, con la expresión «legislación» se incluye no solo a la Ley, sino que acoge a otras normas, como por ejemplo los reglamentos. En todo caso, sin lugar a dudas, estamos ante una auténtica reserva de ley, específicamente, en materia sancionadora⁵⁶. En ese sentido, abraza la duda de si con un reglamento basta para tipificar infracciones e imponer sanciones. Ya nos adelantaba Alejandro Nieto que esto no es posible. Este autor nos cuenta que España se acogió el sistema francés, sin embargo se introdujo algunos matices. En Francia, de forma general, se aprobaba una Ley donde se establecía como infracción cualquier incumplimiento de los

⁵⁵ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, pp. 171 y 172.

⁵⁶ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed. Aranzadi, Navarra, p. 181.

reglamentos. Ahora bien, en España funciona de modo distinto, pues hay tantas leyes como reglamentos administrativos sancionadores⁵⁷. Con ello, ultimamos que el reglamento siempre ha de ser en desarrollo de ley, por el contrario, no podemos concebir los reglamentos independientes; si no, se vulneraría el principio de reserva legal. El único margen de maniobra que tienen los reglamentos sería lo que el artículo 27.3 de la LRJSP llama “especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente”. Precisamente, con esta disposición se proporciona cierta libertad al legislador, siempre que respete la naturaleza de la sanción y no signifique la tipificación de una nueva infracción.

Que sirva como aclaración que el principio de legalidad no juega igual en los dos sectores punitivos. En el Derecho penal destaca por ser más estricto, quedando impoluta la reserva legal únicamente cuando se regulan las infracciones por medio de una norma con rango de Ley. Por su lado, en el Derecho administrativo la reserva de ley también opera cuando se aprueba un reglamento en desarrollo de Ley. Del mismo modo, para la creación de un delito o delito leve se precisa de una Ley Orgánica, mientras que para una infracción administrativa leve se puede prescindir de la Ley como instrumento configurador. He aquí una de las contradicciones que presenta el mencionado principio⁵⁸.

4.2. Principio de tipicidad

Hablábamos dentro del principio de legalidad de la fórmula latina *lex certa*, y es que este principio está estrechamente vinculado con el de tipicidad o taxatividad, en la medida en que no puede desplegar efecto preventivo general una norma cuyo presupuesto de hecho no pueda ser conocido con certeza -y con carácter previo- por el ciudadano. Esta exigencia deriva del principio de seguridad del artículo 9.3 de la Constitución española, que compele al legislador a describir con suficiencia y precisión las infracciones y sus correlativas consecuencias jurídicas⁵⁹.

De acuerdo con Manuel Rebollo, el principio de tipicidad contribuye a que

la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria, con lo que se impide que el

⁵⁷ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 173

⁵⁸ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, p. 138.

⁵⁹ Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, p. 441.

órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora⁶⁰.

En definitiva, la Administración antes de iniciar cualquier expediente sancionador tiene que subsumir la conducta antijurídica en la norma que recoge la infracción.

A la hora de tipificar los delitos y las infracciones administrativas podemos presenciar diferencias sustanciales que, según Alejandro Nieto, atienden a cuestiones de naturaleza cualitativa. En términos de este autor:

Las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción⁶¹.

Continúa explicando esto último sosteniendo que “estas normas sustantivas constituyen, por ende, un *pre-tipo*, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción”. Esto da a lugar a que en numerosas ocasiones nos encontremos con normas que contienen dos previsiones: la que realiza una descripción genérica del tipo, limitada a calificar la infracción, y otra a la que debemos remitirnos para conocer la sanción jurídica que se impone a los incumplimientos de los mandatos y prohibiciones que se integran en la referida norma.

Sobre este problema concreto se pronunció el Tribunal Constitucional, dando cobertura a esta teoría, al considerar que:

No vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y obligaciones concretas de ineludible cumplimiento de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión⁶².

A pesar de esta importante sentencia, la doctrina se encuentra dividida, y autores como Manuel Gómez Tomillo, oponiéndose a Nieto –entre otros–, entienden que estas controvertidas técnicas de tipificación transgreden al principio de taxatividad y, por lo tanto, generan inseguridad jurídica al administrado, que “tiene que ser capaz de deducir de la Ley qué es lo que

⁶⁰ Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, p. 161.

⁶¹ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 262.

⁶² STC 69/1989, de 21 de diciembre, de 1989. FJ. 3º.

puede hacer y qué no”⁶³. El citado autor propone como solución la creación de un catálogo de infracciones ligadas a sus sanciones, eliminando así la dispersión que sufren las obligaciones legales a través de los textos normativos.

Por otro lado, interesa mencionar que la Constitución prohíbe expresamente a la Administración la posibilidad de prever sanciones que impliquen la privación de libertad del sujeto infractor⁶⁴. De manera similar, bajo la rúbrica del principio de proporcionalidad, se pronuncia sobre esta cuestión el artículo 29.1 de la LRJSP. La utilización del mencionado principio en el encabezado del precepto es adecuada, en la medida en que privar de libertad a una persona por infringir una disposición administrativa es desproporcionada, pero no es fundamento suficiente para sostener tal prohibición, pues resulta obvio que para la imposición de una pena de prisión necesitamos de un proceso que se desarrolle con todas las garantías jurisdiccionales y de forma directa⁶⁵.

Una de las excepciones a esto último la encontramos en el artículo 58.6 de la Ley 4/2000⁶⁶ que, refiriéndose a la devolución y expulsión de los extranjeros, atribuye la decisión de acordar una medida de internamiento a la autoridad judicial, para los casos en que no se haya podido ejecutar la devolución en el plazo de 72 horas.

4.3. Principio de antijuricidad

La antijuricidad se puede definir como aquel principio rector del derecho punitivo que tiene por cometido localizar e identificar qué comportamientos son o no conforme con el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la antijuricidad es la contrariedad de un hecho a normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico, comprendiendo tanto a las que tipifican delitos como a las que registran infracciones administrativas.

Lo común es pensar que la conducta ilícita sea antijurídica, y de hecho la mayoría de veces resulta ser así. No obstante, la realidad revela que no siempre estamos ante delitos o infracciones

⁶³ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, p. 168.

⁶⁴ Artículo 25 de la Constitución española de 1978 (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

⁶⁵ García Gómez de Mercado, F. (2007). *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. 3ª ed. Comares, Granada, pp. 161 y 162.

⁶⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

administrativas cuando se realiza un hecho típico. Primero, para hacer un uso adecuado del juicio de antijuricidad debemos llevar a cabo un análisis del ordenamiento en su conjunto, porque puede ocurrir que concurren normas permisivas que autoricen la realización de una conducta en un contexto determinado⁶⁷. Esto es lo que la doctrina llama causas de justificación, que vienen a ser eximentes de responsabilidad penal o, en este caso, administrativa.

Como ocurre con los demás principios, la antijuricidad y sus causas de justificación operan en el derecho administrativo sancionador del mismo modo que en el Derecho penal. Sin embargo, apreciamos ciertos matices o salvedades que no pueden pasar por alto si queremos alcanzar un mayor discernimiento entre las dos disciplinas⁶⁸:

- El consentimiento, como causa de exclusión de la antijuricidad por ausencia de interés, es irrelevante. Para que opere esta causa de justificación es necesario que el titular del bien jurídico permita la lesión. Pero esto es prácticamente impensable en esta materia, pues el consentimiento tiene trascendencia en conflictos de intereses particulares, los cuales son ajenos al Derecho administrativo. Pese a ello, existen contados ejemplos en los que esta regla se ve excepcionada, como el caso del titular de un «vado permanente» que permite el estacionamiento del vehículo de un vecino o el propietario de un piso que consiente los ruidos que se emiten desde el bar situado debajo de su vivienda⁶⁹. Aquí, aunque indudablemente la relación es de derecho público, tiene lugar cierta afección singular sobre el administrado que de algún modo le autoriza a disponer libremente de su derecho, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que proclama el Derecho civil.
- La legítima defensa no puede trasladarse al derecho administrativo sancionador con absoluta libertad. De hecho, se afirma que carece de importancia en esta instancia. Para alegar la legítima defensa necesitamos de una agresión ilegítima y, en su virtud, hallamos numerosos casos en los que este elemento objetivo y esencial no sucede de igual modo. Por ejemplo, quien siendo atacado por una especie protegida se defiende de tal modo que

⁶⁷ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 419 y 420.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 421 – 423 y 428 – 430.

⁶⁹ Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, p. 227.

la mata. El ataque del animal no es considerado una agresión ilegítima, en todo caso cabría alegar el estado de necesidad, pero jamás la legítima defensa.

- El establecimiento de causas de exclusión de la antijuricidad especiales. En la normativa administrativa pueden recogerse supuestos en los que se excluye la responsabilidad del sujeto que infringe una determinada disposición administrativa. Por ejemplo, quien utiliza una suma de dinero obtenida por una subvención para un fin distinto al previsto, pero que, antes de que la administración efectúe su requerimiento, haya practicado el reintegro de las cantidades percibidas además de los intereses devengados por demora⁷⁰.

4.4. Principio de culpabilidad

Para la imposición de una sanción necesitamos el cumplimiento de los cuatro elementos esenciales que rigen en la teoría del delito que, como tantas veces hemos comentado, son plenamente aplicables al ilícito administrativo. Es decir, la infracción administrativa intima la presencia de una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable. Este último, la culpabilidad, es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica. En esa misma terminología se pronuncia la STS de 5 de febrero de 1999 al referir que la culpabilidad es el “reproche que se hace a una persona porque esta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo”. Sin embargo, parte de la doctrina administrativista se opone a esta concepción defendiendo que la idea de reproche es impropia del Derecho administrativo sancionador, porque el propósito de este no se asienta en el reproche sino en la prevención⁷¹.

La culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador es exigida de modo distinto que en el ámbito del Derecho penal. La jurisprudencia, por un lado, admite que ante la proliferación de ilícitos administrativos, es lógico no exigir al ciudadano el conocimiento de todo lo ilícito, como si ocurre en la esfera penal⁷²; pero, por otro lado, el deber de diligencia es más amplio, en la medida en que, por ejemplo, la *culpa in vigilando* es notoriamente superior en sectores tales como el de una empresa concesionaria de suministro de combustible, donde los riesgos laborales

⁷⁰ Art. 63.1 en relación con el art. 58, letra b y d, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, de 18/11/2003).

⁷¹ Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, pp. 249 y 250. Se cita a Ángeles de Palma del Teso como una de las precursoras de esta doctrina, la cual unos años más tardes dio lugar a la reforma de la Ley 40/2015.

⁷² STS de 5 de febrero de 1999. FJ. 4º. Se discutía la culpabilidad del infractor que había construido un edificio dentro de una zona de dominio público sin la autorización administrativa competente.

y la salud de los trabajadores trasciende sobre lo demás⁷³. Por tanto, no hay un criterio uniformador que nos ofrezca la solución y habrá que estar al caso concreto para determinar cuándo la flexibilidad del derecho administrativo sancionador excluye o aminora la responsabilidad del infractor y cuándo acentúa ese deber de diligencia en determinadas actividades. Entre tanto, en orden de medir esa diligencia, se atiende a circunstancias personales tales como el grado de cultura del sujeto, el medio en que vive, el grado de proximidad del ilícito a sus actividades habituales y, sobre todo, como ya hemos adelantado, su profesión.

También juega un papel esencial la *bonna fides*, que, a modo de complemento, es tomada en consideración en las relaciones entre el autor y la Administración Pública. Quien obra de buena fe no puede ser sancionado, a menos que esta confronte con un deber específico de vigilancia como consecuencia de las peculiaridades que presenta la profesión que desarrolla⁷⁴.

Asimismo, resulta destacable el hecho de que, en torno a este principio, coexisten dos tesis construidas por bases jurisprudenciales y doctrinales visiblemente opuestas: la tesis negativa y la tesis positiva⁷⁵. Esta última, siendo más moderna, ha dejado sin efectos a la negativa, que defendía la inoperancia del principio de culpabilidad en términos de igualdad a los contemplados en el Derecho penal:

A) *La tesis negativa*

Quienes son partidarios de esta tesis, niegan la presencia del elemento de la culpabilidad en la teoría general de la infracción administrativa o, al menos, consideran inútil su exigencia. Esta corriente aboga por la ausencia de intencionalidad o malicia por parte del ciudadano que comete una infracción administrativa. Siguiendo esta idea, el Tribunal Supremo mantiene que

[...] para la responsabilidad es totalmente irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, porque en la esfera del Derecho administrativo sancionador en estas materias no se requiere una conducta dolosa sino simplemente irregular en la observación de las normas⁷⁶.

⁷³ STS de 31 de mayo de 2000. FJ. 2º. La sentencia declara conforme a derecho la sanción impuesta por la Administración General del Estado a una gasolinera por infringir uno de sus empleados el artículo 107.8 del Reglamento para suministro de carburantes.

⁷⁴ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, pp. 303 – 305

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 295 – 302.

⁷⁶ STS de 22 de abril, de 1985.

Es decir, lo realmente importante es el hecho material, desligado, por ende, de cualquier ápice de intencionalidad. O, lo que es lo mismo, la infracción se muestra indiferente ante una posible causalidad que trate de justificar conexión alguna entre la lesión –o puesta en peligro- del bien jurídico y los elementos subjetivos del tipo.

Ahora bien, no debemos confundir voluntariedad con la intencionalidad, pues para imputar la comisión de la infracción necesitamos del primero, pero no del segundo. Esto es, al sujeto activo no se le exige conocimiento o conciencia de la malicia de su acción, aunque sí debe querer que se produzca el resultado lesivo. Ha sido labor también de la jurisprudencia explicar la diferencia entre estos dos conceptos:

[...] la imposibilidad de confundir intencionalidad del resultado con voluntariedad de la acción como elemento esencial y básico de toda conducta consciente de independencia de la finalidad antijurídica perseguida por el sujeto agente por dolo directo o eventual o transgresión de la previsibilidad característica de la conducta culposa, es decir, por producirse acción consciente y su resultado lesivo de la obediencia debida del mandato gubernativo (...); la voluntariedad como presupuesto psicológico de la acción consciente, se agota en ella y no trasciende al querer o deber jurídico de prever el resultado, afectando a la imputabilidad y no a la culpabilidad en referencia, y así incide constitutivamente sobre toda conducta sujeta de modo típico a orden sancionador, incluido el de índole administrativa⁷⁷.

De todo ello no podemos colegir que la culpabilidad sea absolutamente insignificante para la teoría general de la infracción administrativa. En ocasiones la intencionalidad es un factor tomado en consideración, por cuanto repercute sensiblemente en la graduación de la sanción. Así, lo sintetiza Alejandro Nieto al aseverar que “la culpabilidad no es, sin embargo, irrelevante puesto que su concurrencia aumenta la gravedad de la infracción”⁷⁸. Asimismo, el artículo 29.3, letra a), de la LRJSP confirma esta regla, estipulando que “la graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad”.

⁷⁷ STS de 20 de junio de 1983.

⁷⁸ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 298.

B) *La tesis positiva*

Doctrina y jurisprudencia convergen en un mismo sentido, abandonando los razonamientos apuntados por los defensores de la vieja tesis negativa, y se postulan a favor de la integración del Derecho administrativo sancionador en el Derecho penal. Esto indudablemente afecta al principio de culpabilidad, en tanto que “empieza a generalizarse la exigencia de culpabilidad en sentido estricto sin que baste la simple voluntariedad”⁷⁹. Mendizábal, ponente del Tribunal Supremo, puso un broche al asunto cuando afirmó categóricamente que “el dolo o malicia constituye el meollo de cualquier conducta para que pueda ser calificada como ilícita”⁸⁰.

En definitiva, rige el principio de culpabilidad en todas sus acepciones, incluyendo tanto al dolo, la culpa o la negligencia grave y la culpa o negligencia leve, y deja fuera de su ámbito de conocimiento aquellas conductas de las que se pretenda la imposición de una sanción por el mero resultado y sin tener en cuenta la conducta diligente del sujeto⁸¹. Es decir, se rechazan las opiniones que únicamente contemplan la responsabilidad objetiva, sin atender al sistema de imputación subjetiva -conformado por el dolo y la imprudencia-. Esto se ha plasmado en el artículo 28.1 de LRJSP, cuyo tenor literal establece que “solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas (...) que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”. De esta forma, se derogaba el contenido de aquel precepto de la Ley 30/1992 que calificaba como responsable a una persona por el simple hecho de inobservar una previsión administrativa⁸².

Otra cuestión que se hace necesario traer a colación es la disparidad terminológica que usa el legislador en la Ley 40/2015, y es que si nos fijamos en el artículo 28.1 y en el 29.3, letra a), el primero menciona al dolo y el segundo a la intencionalidad. A priori estos dos conceptos significan lo mismo, por lo que la doctrina se ha inclinado por interpretar el alcance de su

⁷⁹ *Ibidem*, p. 299. Alejandro Nieto transcribe la opinión de Suay Rincón acerca del quiebro jurisprudencial que origina la tesis moderna positiva sobre la tesis negativa.

⁸⁰ STS de 13 de octubre de 1989.

⁸¹ STC 76/1990, de 26 de abril, de 1990. FJ. 4º. En esta importantísima sentencia, el Tribunal Constitucional conocía del recurso de inconstitucionalidad que se le planteó por la reforma introducida por la Ley 10/1985 en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. Salvaba el espíritu de esta reforma, valiéndose de una comparación de la evolución de la ley administrativa con respecto al artículo 1 del Código Penal en su reforma de 1983, donde se definía el delito como acción u omisión voluntaria.

⁸² Artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27/11/1992).

aplicación. A pesar de la inclusión de la persona jurídica en el texto del artículo 28.1, Manuel Gómez entiende que “el dolo y la imprudencia son elementos concebidos para las personas físicas” y, por lo tanto, “carece de sentido mantenerlos como tales elementos cofundamentadores del tipo de lo injusto de las infracciones cometidas por personas jurídicas”. Esto no constituye óbice alguno para que se tenga en cuenta la imputación subjetiva y es por ello que se incluye la intencionalidad como una de las causas que sirven para motivar la imposición de una sanción agravada, con respecto al tipo básico realizado por el ente colectivo⁸³. En resumen, según la teoría de este autor, el dolo es tenido en cuenta para castigar el hecho perpetrado por una persona física; en cambio, la intencionalidad sirve para graduar la responsabilidad y la sanción que se impondrá a una persona jurídica.

V. PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

5.1. Aproximación al principio non bis in ídem

El principio non bis in ídem supone la prohibición de la duplicidad sancionatoria con respecto a un mismo hecho ilícito. Lo que quiere decir que no se puede imponer una sanción administrativa cumulativamente a una penal, como tampoco castigar una conducta con dos o más sanciones de naturaleza administrativa, siempre que estemos ante un mismo sujeto, hecho y fundamento⁸⁴.

Esto no siempre fue así, pues la doble punición era contemplada en nuestro ordenamiento jurídico al no haber artículo alguno en la Constitución que se refiriera a la locución latina *non bis in ídem*. No tardaría el Tribunal Constitucional en pronunciarse para poner fin a la discusión y declarar la incompatibilidad de las sanciones administrativas y las penales, fundamentando que este principio tenía encaje en el artículo 25.1 de la Constitución y que, por lo tanto, su origen estaba ligado al principio de legalidad y al de tipicidad. No obstante, este Tribunal no solo se limita a declarar la existencia de este principio, sino que aprovecha para configurar como excepción a la regla lo que denomina como «relaciones de supremacía especial de la

⁸³ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 388 – 396.

⁸⁴ Santamaría Pastor, J.A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, p. 451. Véase también el art. 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 239, de 02/10/2015)

Administración»⁸⁵. Entonces, inferimos que la aplicación del *non bis in ídem* es indiscutible en las relaciones de general sujeción, sin límites algunos; en cambio, cuando estamos ante una relación de sujeción especial es predominante iniciar acciones penales ante los tribunales además de incoar un expediente sancionador por parte del órgano administrativo ante el que se encuentre subordinado el infractor. Es aquí donde aparece la llamada potestad disciplinaria. El Tribunal Supremo justifica este tratamiento diferente de la siguiente manera:

El Derecho administrativo disciplinario, referido a los funcionarios públicos, tienen un significado consecuentemente ético, pues su finalidad más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvación del prestigio y dignidad corporativos; de aquí que puedan existir distintos tipos de correctivos en el orden penal y disciplinario⁸⁶.

Fruto de esta sentencia, el artículo 94.1 del Estatuto del Empleado Público reconoce la compatibilidad de la imposición de una pena por la comisión de un delito y la imposición de una sanción disciplinaria.

El nacimiento del principio *non bis in ídem* viene dado por la problemática que rodea la existencia de multitud de tipificaciones normativas. Inconveniente que provoca, al mismo tiempo, la presencia de una pluralidad de infracciones con el fin paralelo de sancionar la misma conducta, pero que, a su vez, cuentan con fundamentos o causas bien distintas, en función del bien jurídico protegido que tengan como referente⁸⁷. De este modo se produce una ficción de *concurso de leyes*, en el que una norma debe desplazar a la otra y, por ende, como el Derecho penal goza de prevalencia sobre el Derecho administrativo sancionador, este debe conformarse con manifestar su punición de forma subsidiaria, es decir, solo cuando aquel no haga uso de tal facultad⁸⁸. Si dándose el caso, se incoa un expediente administrativo sancionador, en lugar del procedente proceso penal, la resolución que se dicte en su día podría ser declarada nula de pleno derecho –a través del recurso extraordinario de revisión-, esto es por el artículo 47.1, letra a), de la Ley 39/2015 que dice que son nulos los actos que “lesionen derechos y libertades susceptibles

⁸⁵ STC 2/1981, de 30 de enero, de 1981. FJ. 4º.

⁸⁶ STS de 3 de junio, de 1987. FJ. 4º

⁸⁷ STC 234/1991, de 10 de diciembre, de 1991. FJ. 2º

⁸⁸ Nieto García, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, p. 352.

de amparo constitucional”. Y cabría dicho «amparo constitucional» porque se vería comprometido el espíritu del artículo 25.1 de la Constitución española⁸⁹.

Asimismo, cuando habiendo iniciado un procedimiento administrativo se compruebe que el hecho objeto de enjuiciamiento pudiera referir a un delito tipificado en el Código penal, en ese mismo instante debe paralizarse el procedimiento iniciado. Entonces, la causa se remite a los órganos jurisdiccionales del orden penal que resolverán si el hecho efectivamente es constitutivo de infracción penal. Solo si estos entendieran que no reúne los elementos suficientes para alcanzar dicha condición, es cuando puede intervenir la Administración⁹⁰. La descripción de esta situación es reflejo de la prejudicialidad penal, que es por excelencia el mecanismo de solución de conflictos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador y el que, por supuesto, decide qué sector del derecho punitivo conoce preferentemente.

Igualmente, puede suceder que habiéndose tramitado una causa por un proceso penal, una vez finalizado este se incoe un expediente sancionador, pero solo en aquellos casos en los que se dicte una sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre por no constituir delito la conducta objeto de enjuiciamiento. Si recayera sentencia condenatoria, nunca podría acudir a la vía administrativa⁹¹.

5.2. Coincidencias entre tipos penales y tipos administrativos

El fenómeno de la pluralidad de tipificaciones que afecta a ambos sectores punitivos, tanto a nivel estatal como autonómico, ha desencadenado en un creciente solapamiento de los tipos penales y administrativos. El problema incrementa cuando el legislador no los distingue con nitidez y el contenido de sus descripciones es prácticamente idéntico⁹². Podemos citar como ejemplo la dualidad protectora del patrimonio histórico en la Comunidad de Andalucía. Tenemos, de una parte, que estatalmente la tutela de este bien jurídico no se encuentra desprotegida, pues el Código Penal en su artículo 321 establece el castigo con pena privativa de libertad, multa e inhabilitación especial para profesión a aquellos que “derriben o alteren

⁸⁹ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 216 y 217.

⁹⁰ STC 2/2003, de 16 de enero, de 2003. FJ. 9º.

⁹¹ Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 508.

⁹² *Ibidem*, pp. 474 y 475.

gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental”. Paralelamente, observamos que el legislador andaluz ha incluido una redacción bastante similar para la que prevé una multa de diferente cuantía⁹³. La única diferencia es que no se incluye la expresión «gravemente», por lo que este sería el único elemento del que disponemos para delimitar las dos figuras protectoras. Sin embargo, esta expresión no es más que un concepto jurídico indeterminado, que necesitado de claridad, desemboca necesariamente en un arduo trabajo de interpretación a manos de la jurisprudencia.

Lo mismo ocurre respecto a la protección de la seguridad vial. Entre otras coincidencias que afectan a esta materia tenemos que en el tipo penal recogido en el artículo 379.2 se revela una significativa diferencia de índole cuantitativa respecto de la legislación administrativa, pues en él se señala que aquella instancia actuará cuando en la tasa de alcoholemia el sujeto supere 0,60 miligramos de aire espirado por litro o 1,2 gramos en sangre por litro; mientras que si esa tasa es inferior pero supera la reglamentariamente establecida se entraría en el ámbito de intervención punitiva de la instancia administrativa⁹⁴. Hasta este punto no existe controversia alguna, no obstante, respecto a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas no se alude a ningún criterio que permita deslindar la conducta delictiva de la antiadministrativa, delegando en los tribunales la tarea de inferir en qué casos actúa cada instancia. Vargas Cabrera entiende que la solución parte de un examen de intensidades, optándose por el Derecho penal cuando el efecto de la sustancia sobre el organismo altere considerablemente las facultades de conducción⁹⁵.

Otro desastre que coloca en tela de juicio la capacidad del legislador para construir tipos de lo injusto en materia de seguridad vial es el que refiere a la conducción temeraria. Tanto el Derecho penal –art. 380.1 CP- como el Derecho administrativo sancionador –art. 65.5, letra d) de la Ley 17/2005⁹⁶, prevén indistintamente la imposición de un castigo para aquellos conductores que

⁹³ Artículo 224 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, de 19 de diciembre, de 2002 (BOPA núm. 429, de 19/12/2002).

⁹⁴ Artículo 65.5, letra a), de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 304, de 20/12/2001).

⁹⁵ Vargas Cabrera, B. (2007). *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP.*, en estudios de Derecho judicial, núm. 114, p. 138.

⁹⁶ Ley 17/2005, de 19 de julio, de 2005, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20/07/2005).

maniobren de forma “manifiestamente temeraria”. Ante esta incertidumbre, se tiende a enjuiciar penalmente estos hechos cuando suponen un peligro concreto para la vida o la integridad física, puesto que el precepto penal alude expresamente a la protección de estos bienes jurídicos.

5.3. Especial consideración a las estructuras de peligro y resultado

No es infrecuente que se haga uso de las estructuras de peligro y resultado para fijar el ámbito de intervención del sector penal y del sector administrativo sancionador. De hecho, se recurre con habitualidad. En consecuencia, Impera la teoría que sostiene que aquellas acciones peligrosas que se encuentren más próximas a la consumación del resultado lesivo deben ser castigadas por el Derecho penal; mientras que, de modo inverso, cuanto más alejada del resultado se halle la puesta en peligro parece que deba actuar el Derecho administrativo sancionador⁹⁷.

En virtud de esta consideración, y a simple vista, luce muy sencilla la distribución de la competencia entre estas dos áreas, pero desafortunadamente disponemos de diversos supuestos en los que el legislador ha practicado un reparto confuso e incoherente en la tipificación de delitos e infracciones administrativas. Así, citamos los dos casos siguientes:

- La protección de sanidad alimentaria. Por un lado, el artículo 363 del Código penal, apartado dos, atribuye responsabilidad a “los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: traficando con géneros corrompidos”. También en el apartado cuatro se castiga a los mismos, que con su conducta hayan puesto “en peligro la salud de los consumidores: elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos”. Luego, el Real Decreto 1945/1983 en su artículo 2.1.2 especifica que son infracciones sanitarias:

[...] las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores o usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya

⁹⁷ Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 478 y 479.

por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate⁹⁸.

- La protección del medio ambiente. El artículo 325 del Código penal castiga al que [...] provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, en el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso en los espacios naturales transfronterizos, así como las captaciones de agua que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Por su parte, el artículo 46.2, letra d), de la Ley 22/2011⁹⁹ considera como infracción grave “el abandono, vertido o eliminación incontrolado de cualquier otro tipo de residuos¹⁰⁰, siempre que se haya puesto en peligro grave la salud de las personas o se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente”. Asimismo, con una redacción bastante similar, el artículo 28.2, letra b), la Ley 37/2003¹⁰¹, refiriéndose a contaminación acústica, nos dice que es infracción grave “la superación de los valores límite que sean aplicables, cuando se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas”.

En ambos ejemplos se comprueba que el legislador administrativista dedica un amparo notoriamente superior al que ofrece el legislador penal, al centrarse más aquel en el daño y no solo en la peligrosidad de la acción del sujeto. De todo ello se deduce que, al menos en estas dos materias mencionadas, el bien jurídico se siente más fortalecido con los presupuestos de hecho configurados en las disposiciones administrativas. Hecho que, como hemos adelantado en la introducción de este epígrafe, supone la excepción a la regla general.

⁹⁸ Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria (BOE núm. 168, de 15/06/1983).

⁹⁹ Ley 22/2011, de 28 de julio, de 2011, de residuos y suelos contaminados (BOE núm. 181, de 29/07/2011).

¹⁰⁰ Cuando dice “de cualquier otro tipo de residuos”, se refiere a aquellos residuos que no sean peligrosos, puesto que los peligrosos ya se hallan recogidos en la letra c) del citado artículo.

¹⁰¹ Ley 37/2003, de 17 de noviembre, de 2003, del Ruido (BOE núm. 276, de 18/11/2003).

CONCLUSIONES

I. Desde los inicios de la potestad sancionadora de la administración, la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas se ha convertido en el principal debate de la doctrina en esta materia, sobre todo, a raíz del crecimiento exponencial que ha sufrido la potestad punitiva de la Administración. El estudio de la cuestión nos lleva a mantener que no cabe lugar una diferencia ontológica o esencial entre las sanciones penales y las sanciones administrativas. En ese sentido, no encontramos argumento a favor de una distinción basada en la existencia de un contenido u objeto que sea exclusivo o inherente a cada instancia punitiva.

Parece más lógico el postulado de aquellos que defienden como elemento distintivo las consideraciones valorativas que envuelven al ilícito. El mejor indicador que se puede citar al efecto es el del grado de peligrosidad de la conducta, pues en la medida que este sea mayor es razonable que la protección sea consagrada por el Derecho penal. Esto último encadena con la teoría del bien jurídico, en la que expresábamos el interés de separar los bienes jurídicos penales respecto de los demás bienes jurídicos. Bien, para ello nos acogemos a la postura del principio de fragmentariedad, pues es evidente que la intervención penal debe estar reservada para aquellos ataques que conlleven un mayor nivel de lesividad sobre el bien jurídico objeto de protección. Por tanto, el legislador debe tener muy en cuenta la magnitud del injusto en el momento de elaborar los tipos penales o los tipos administrativos.

II. No podemos afirmar que haya una separación absoluta entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Más bien se comprueba todo lo contrario, pues ambos proceden de la misma fuente, el *ius puniendi* del Estado. La relación que subyace entre estos dos sectores revela una considerable semejanza, hasta el punto de que los diferentes principios del Derecho penal fueron trasladados analógicamente al Derecho administrativo sancionador. Ahora bien, se ha podido descubrir la existencia de diversos matices que explican cómo esos principios no se aplican de igual modo. Por lo que se puede aseverar que hay una relación sustancial, pero no una identidad sustancial.

III. Cuando hablábamos del principio de tipicidad, pudimos conocer uno de los grandes problemas que se presentan en el marco de la potestad administrativa sancionadora. Este es el caso de los denominados pre-tipos, que promueven la utilización de técnicas de remisión.

Consideramos que estas técnicas no solo atentan contra la exigencia de *lex certa*, sino que, en consecuencia, también conculcan el principio del derecho a la seguridad jurídica. La solución es tan fácil como compeler al legislador a que se comprometa a concentrar la sanción jurídica junto a la infracción jurídica en un único precepto.

Para llevar a cabo esto último no creemos que sea necesaria la configuración de un catálogo de infracciones vinculadas a sus sanciones, como así defendían algunos autores. Simplemente, sería suficiente que en cada texto normativo –de la materia administrativa que sea- se incluya un título o un capítulo dedicado exclusivamente al tratamiento de las infracciones, y que en la descripción de la conducta ilícita se integre la consecuencia jurídica que se estime procedente.

IV. Por último, pudimos comprobar cómo la pluralidad de tipificaciones comporta un solapamiento de los tipos administrativos con los tipos penales, encontrándonos en ocasiones con que en la descripción de los diferentes ilícitos se utilizaba una terminología totalmente idéntica. Aquí los tribunales se encuentran ante auténticos obstáculos, pues sus posibilidades de interpretación se ven bastante reducidas. A pesar de ello, han sido capaces de crear líneas jurisprudenciales en las que se delimita el ámbito de intervención de cada ordenamiento punitivo. Uno de los fundamentos recurrentes es el que atiende al alcance del peligro inherente a la conducta ilegal, de modo que cuanto más próximo esté esta de producir el resultado, con más razón debe encargarse de actuar el Derecho penal.

Sin embargo, hay veces que el legislador realiza una distribución en sentido contrario a como hemos explicado, incurriendo en una distribución tipificadora incoherente. Es aquí donde se debe apelar a una política jurídica sensata. El legislador debe ser más diligente cuando configura los tipos objetivos y para ello es necesaria la coordinación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En este trabajo se ha puesto de manifiesto toda una serie de criterios, tesis y pautas que pueden marcar el camino hacia una tendencia tipificadora más nítida y distinguida entre ambos sectores. Ahora es responsabilidad del legislador arreglar todos los desperfectos que ha cometido y someterse a un cambio de actitud orientado a lograr la racionalidad legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

CÉSARES MARCOS, A., “*Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes constitucionales y corporativos*”. *Revistas electrónicas INAP*, nº 280-281, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. 3ª ed. Comares, Granada, 2007.

GÓMEZ TOMILLO, M. e ÍÑIGO SÁNZ, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2017.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, 1993.

PALLARÉS SERRANO, A., “*Análisis del régimen disciplinario de los estudiantes universitarios. Especial referencia a los comportamientos fraudulentos y al plagio, en particular*”. *Revista catalana de dret públic*, Nº 56, 2018, P. 161.

PASCUAL GARCÍA, J., “*La huida del Derecho administrativo, del presupuesto y de los contratos financieros por los nuevos entes del sector público*”. *Dialnet revistas*, nº60, 2010, p. 110.

RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

REBOLLO PUIG, M., L. SOTOMAYOR, A. BUENO y M. IZQUIERDO, *Derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Lex nova, Madrid, 2010.

RUÍZ RODRÍGUEZ, M.A, *La potestad sancionadora y su relación con el Derecho penal*. Toledo, 2017, pp. 2-6.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed. Iustel, Madrid, 2016.

SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*. 1ª ed. Bolonia, Zaragoza, 1989.

VARGAS CABRERA, B., “*El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP*”, en *estudios de Derecho judicial*, núm. 114, 2007, p. 138

WEBGRAFÍA

P. CAMPELO, *las leyes de Franco para oficializar el miedo*. *Público*, 25 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://www.publico.es/actualidad/leyes-franco-oficializar-miedo.html>.

E. GALLARDO, *La nueva administración institucional en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*. *Laleydigital*, de 1 de octubre de 2016. Disponible en: <https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjcxNTQ7Wy1KLizPw8WyMDQzMDSyMjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGdjEv01AAAawKE>

FUENTES JURÍDICAS

Jurisprudencia

STC 2/1981, de 30 de enero, de 1981.

STS de 20 de junio de 1983.

STS de 22 de abril, de 1985.

STS de 3 de junio, de 1987.

STS de 13 de mayo de 1988.

STC 239/1988, de 14 de diciembre, de 1988.

STC 42/1989, de 16 de febrero, de 1989.

STS de 13 de octubre de 1989.

STC 69/1989, de 21 de diciembre, de 1989

STC 76/1990, de 26 de abril, de 1990.

STC 234/1991, de 10 de diciembre, de 1991.

STC 23/1993, de 21 de enero, de 1993.

STC 164/1995, de 13 de noviembre, de 1995.

STS de 5 de junio de 1998.

STS de 14 de octubre de 1998.

STS 3091/1991, de 5 de febrero, de 1999.

STS 559/1993, de 31 de mayo, de 2000.

STS de 7 de mayo de 2002.

STC 100/2003, de 2 de junio, de 2003.

STC 2/2003, de 16 de enero, de 2003.

STS de 4 de marzo de 2005.

STS de 26 de junio de 2007.

Legislación

Ley, de 9 de febrero de 1939, de Responsabilidades Políticas (BOE núm. 310, de 9/02/1939).

Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE núm. 182, de 31/07/1959).

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de régimen Local (BOE núm. 80, de 03/04/1985).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27/11/1992).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995).

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15/04/1997).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 304, de 20/12/2001).

Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24/12/2001).

Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, de 19 de diciembre, de 2002 (BOPA núm. 429, de 19/12/2002).

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, de 18/11/2003).

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de 2003, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18/12/2003).

Ley 17/2005, de 19 de julio, de 2005, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20/07/2005).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 02/10/2015).