

3.- COMUNICACION AL IX CONGRESO DE LA ASOCIACION JUDICIAL “JUECES PARA LA DEMOCRACIA”

3.1.- DESPENALIZACION Y CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Alfonso J. Villagómez Cebrián

La despenalización consistente en la transformación de determinados ilícitos penales administrativos con la finalidad de encontrar en la vía administrativa una primera respuesta represiva sin perjuicio de la posterior intervención del juez penal, surge en Europa a partir de la llamada «crisis del Estado del bienestar».

Países en los que como Alemania, Italia, Portugal, era muy reducido hasta ese momento el ámbito de la potestad administrativa sancionadora proceden a regular estas operaciones despenalizadas al tiempo que codifican los principios y reglas generales para el ejercicio por sus respectivas Administraciones de la nueva versión de la potestad sancionadora.

Como es sabido nuestro texto fundamental de 1978 ha constitucionalizado el ilícito administrativo (art.25,1, «Nadie puede ser ...sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan ...**infracción administrativa**...»), legitimando el poder represivo de la Administración, que venía representado históricamente como dice PARADA (1989, pág.328) una de la actividades en que parecía más empeñada la Administración española, compitiendo con los Tribunales penales en la sanción a los ciudadanos.

Así la mayoría de la doctrina española considera que la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendo superior al Estado, subordinado aquélla a ésta y aplicando los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador. El fundamento de esta tesis se apoya en la identidad ontológica del ilícito penal y del ilícito administrativo, manifestaciones ambas del supraconcepto del ilícito; idea ésta que ya se recoge en la SYS 9 de febrero de 1972 (ponente MENDIZABAL ALLENDE), y que ha sido reiterada por el propio Tribunal Constitucional a parte de su sentencia de 8 de junio de 1981, en donde dice que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionatorio, dado que ambos son manifestaciones del orden punitivo del Estado». Se trasladan en bloque al derecho sancionador administrativo los principios paralelos del derecho penal. Para la configuración del injusto administrativo se proclama el rigor del principio de legalidad, no pudiendo ser creadas infracciones administrativas mediante normas de rango inferior a la Ley (TORIO – 1991 pág. 2543 –

llega a considerar que la invasión de la zona protegida por la reserva legal equivale al exceso de atribuciones requerido como elemento del tipo del artículo 377 CP y de los elementos que lo integran (taxatividad de los tipos, prohibiciones de bis in idem y de retroactividad de las normas sancionadoras desfavorables), las instituciones de la culpabilidad, de la prescripción, y en fin, la traslación de los principios garantistas del artículo 24 de la Constitución al régimen sancionador adentro del propio procedimiento administrativo.

Esta tesis dominante, asumida por el Tribunal Constitucional, encuentra su explicación, según NIETO (1993 pág.75) en razones de oportunidad, coyunturales, y técnicas, en cuanto que el derecho administrativo sancionador ha tomado en préstamo los instrumentos que le proporciona el derecho penal «sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica». Para el profesor NIETO la identidad ontológica entre el ilícito penal y el ilícito administrativo no tiene otra función que la de proporcionar un ropaje conceptual a la extensión del derecho administrativo sancionador sobre los presupuestos garantistas de aquél y la inexistencia hoy por hoy de un Derecho público estatal sancionador.

El propio Tribunal Constitucional ha matizado su inicial posición. La STC 66/1984, vino a denotar que no podía unificarse el mundo de las sanciones administrativas a efectos de la aplicación del artículo 24 en el procedimiento sancionador, «no (siendo) reconducibles a una categoría única y a tratamientos uniformes», y la SSTC 2/1987, 190/1987 7 10/1988, señalan que ni la publicidad ni el derecho a juez imparcial juegan para el procedimiento administrativo sancionador, mientras que si deben hacerlo en derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el derecho a la prueba y la necesidad del debate acerca de calificación de las conductas constitutivas de la infracción y en especial de la sanción imponible.

La nueva Ley de Régimen Jurídica de las Administraciones Públicas ha recogido estos principios dentro del título IX destinado a la regulación general de la potestad sancionadora, potestad que encuentra real virtualidad práctica en el vastísimo campo de la legislación administrativa sectorial. Por ello exigencias como la que hace al mandato de tipificación de las infracciones y de las sanciones son de difícil aplicación por el distinto alcance que tiene el derecho administrativo en la estructura de la norma sancionadora, como se ha puesto de manifiesto con la tendencia reciente de tipificaciones que se materializan en listados interminables de infracciones («la descripción completa de la infracción en el tipo –dice NIETO PÁG. 265- es una reduplicación innecesaria e inútil y además ¡, inviable, de tal manera que su exigencia es el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad»). Problemas que se reproducen en la aplicación de la culpabilidad al derecho administrativo en la línea de evolución que ha transcurrido de la negación a la exigencia de la culpabilidad (de la responsabilidad objetiva a la exigencia de culpabilidad). Y sin embargo, esta evolución, considerada por algunos como uno de los

resultados más elogiosos del trasplante de los principios del Derecho penal, es susceptible de serias objeciones pues no se acomoda a las peculiaridades de las sanciones administrativas (caso de la responsabilidad de las personas jurídicas; las peculiaridades del error, la presunción de inocencia versus culpabilidad, etc). La complejidad que se esconde tras la, en apariencia simple regla *nom bis in idem* es también de trascendencia, el contenido de sus exigencias jurídicas (prevalencia de la sentencia penal y prioridad del proceso penal) y sus excepciones (el siempre polémico ámbito de las relaciones especiales de sujeción), presentan en muchas ocasiones contradicciones entre la interpretación tradicional del *nom bis in idem* y su positivación reciente en diversos textos legales de escandalosa simplicidad como la regulación contenida en el artículo 133 LRJAPAC: «NO podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Son cuestiones todas ellas que revelan la crisis del derecho administrativo sancionador a partir de la traslación de los principios penales a su ámbito como resultado del afán despenalizador y la transferencia de ilícitos cuya cobertura teórica se ha justificado en la supuesta «identidad ontológica». Pero esta situación es transitoria: «algún día llegará aquél (derecho administrativo sancionador) a su mayoría de edad –dice NIETO pág. 136- y podrá prescindir de la tutela –ya que no del magisterio- del derecho penal y encontrará al fin, su identidad en el ámbito que no debió abandonar nunca: el derecho administrativo». Mientras tanto debe continuar aplicando los principios penales al sancionador teniendo muy en cuenta la diferente textura de uno y otro ordenamiento. La reafirmación y sustantividad del derecho administrativo sancionador constituye la culminación de un proceso de «ruptura deliberada con las concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del derecho penal para asentarse en el derecho administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal» (NIETO pág.154).

Bibliografía citada:

-PARADA VAZQUEZ, José Ramón: Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid 1989.

-TORIO LOPEZ, Angel: «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en estudios sobre la Constitución Española III, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

-NIETO GARCIA, Alejandro: Derecho Administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.