

LA AUTOTUTELA, LOS LIMITES AL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO PENAL

Por

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

Director General del Servicio Jurídico del Estado

SUMARIO: ADVERTENCIA Y EXPLICACIÓN.—1. LA CAPACIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL ORDEN JURÍDICO-PENAL: 1.1. *La polémica de naturalezas*. 1.2. *La extensión de las garantías*. 1.3. *El significado de las sanciones administrativas frente a las penas*. 1.4. *Autotutela y sustitución del derecho penal*. 1.5. *Las diferencias técnicas del sistema sancionador administrativo: posible obstáculo a la extensión de las garantías penales*: 1.5.1. Carencias técnicas. 1.5.2. Lo subjetivo en la estructura de la infracción administrativa. 1.5.3. La exigibilidad de conductas y la sanción administrativa: conocimiento y error. 1.6. *Otros principios informadores del derecho penal*: 1.6.1. La exclusiva protección de bienes jurídicos y la desviación de poder. 1.6.2. El dogma del hecho. 1.6.3. La «última ratio» y la limitación de fines de la actividad sancionadora. 1.7. *La autoría en las infracciones administrativas y la capacidad infractora de las personas jurídicas*: 1.7.1. Autoría y participación.—2. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO-*NON BIS IN IDEM*.—3. EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS: 3.1. *Supremacía general y especial sujeción*. 3.2. *Delitos «comunes» y «especiales de funcionarios»*. 3.3. *Efectos de la «sujeción especial»*. 3.4. *La superposición de delitos e infracciones administrativas y el problema de las sanciones profesionales*.—4. RESUMEN.

ADVERTENCIA Y EXPLICACIÓN

El presente trabajo tropieza con un problema de definición de «naturaleza doctrinal», pues intenta razonar yendo y viniendo de dos disciplinas jurídicas distintas, el derecho penal y el derecho administrativo. Ciertamente que el «Derecho» es un saber único y los problemas no deben tener métodos de análisis o solución dispares. Pero inevitablemente existe un modo de razonar característico de cada disciplina doctrinal, y ese modo, cuando se vierte sobre problemas de otras disciplinas, puede dar lugar a argumentaciones incomprensibles o, simplemente, erróneas.

Quizá eso pueda haber sucedido en estas páginas, por lo que de antemano solicito indulgencia a los administrativistas que las

lleguen a leer. Y a ellos, como a los penalistas, debo también una explicación sobre el objeto perseguido.

Es de ver una creciente preocupación, sobre todo entre los administrativistas, por el sometimiento del sistema sancionador a la letra y al espíritu de la Constitución. A partir de ahí se ha querido ver en el Derecho penal una acumulación de experiencias doctrinales y jurisprudenciales, cristalizadas en garantías político-jurídicas y procesales, y en principios dogmáticos, aparentemente aptas para ser transportadas al campo del derecho administrativo sancionador, apoyando esa pretensión, por demás legítima y comprensible, en el evidente parentesco entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo, amparado en la común cobertura y limitación del artículo 25 de la CE y otros.

Hasta dónde puede llegar ese trasplante de ideas o esa incorporación de las sanciones al mundo de las penas, es el primer objetivo de este pequeño trabajo, reconociendo que arranca de un apriorismo seguramente criticable, a saber: que no puede nunca ser «lo mismo» el derecho penal que el derecho sancionador, y que la extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del total sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo.

A su vez, los penalistas ven en el sistema sancionador administrativo un excelente recurso para lograr la despenalización de bastantes infracciones. Cuando así piensan, los criminalistas consideran «excesivo» el uso del derecho penal frente a algunas conductas. Por lo tanto, entienden que la sanción administrativa es algo distinto o, en todo caso, «menor». Pero, en lo que alcanzo a ver, los penalistas, no obstante haber gran preocupación por analizar si entre pena y sanción administrativa hay solamente diferencias «cuantitativas» o si media una diversidad «cualitativa», no han contemplado la eventual reproducción de toda la Parte General del Derecho Penal en el campo del derecho sancionador.

Por último, y también podría ser la más importante conclusión, tanto los administrativistas como los penalistas, han ido adquiriendo progresivamente la convicción de que sólo la promulgación de un Código de la Sanción Administrativa, que exprese los principios a los que ésta se debe someter, también según la clase de sanción, y las relaciones con los delitos y penas, podrá

dar adecuada y completa respuesta a la mayor parte de los problemas que hoy se plantean.

Sirvan, pues, estas palabras como reconocimiento de las limitaciones personales y objetivas con las que he escrito las páginas que siguen.

1. LA CAPACIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL ORDEN JURÍDICO-PENAL

Teorizar acerca de la necesidad de que la Administración moderna disponga de la capacidad de ejecutar sus propios actos y de que, para el cumplimiento de sus fines, ejerza, porque lo necesita, un poder de crear infracciones e imponer sanciones, es algo que resulta superfluo por evidente.

Que eso sea así nada tiene que ver con la existencia de límites a esa potestad sancionadora, ni tampoco con la necesidad de que la actuación administrativa tenga que sujetarse al principio de legalidad y ser respetuosa con la Constitución o, mejor, con los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Pero la frontera natural de la actividad sancionadora viene dada por las competencias jurisdiccionales del Poder Judicial, que es el genuinamente dotado por la Constitución de la capacidad de limitar los derechos de los ciudadanos. De ahí que la Administración teóricamente no podrá, en nombre del principio de autotutela, tomar acuerdos cuyo contenido sustancial hubiera debido ser el propio de un procedimiento judicial. Además, el derecho constitucional a la tutela judicial *efectiva* entraña consecuencias, especialmente las de suspensión o posible anulación de los actos administrativos sancionadores que la Administración debe contemplar, aunque también puede reclamarse del orden jurisdiccional una sensibilidad suficiente como para no paralizar sistemáticamente la actividad sancionadora de la Administración, actividad por demás necesaria. Desde el punto de vista judicial, por supuesto, también habrá que recordar la necesidad de no olvidar que ciertos derechos constitucionales o de base constitucional (legalidad, igualdad, seguridad jurídica, presunción de inocencia, defensa) asisten al ciudadano *en todo momento*, aunque el control último de su cumplimiento sea exclusiva competencia de los Tribunales y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.

Así pues, la relación entre derechos de los ciudadanos, derechos de la Administración y competencias del Poder Judicial, es «potencialmente» generadora de tensiones. Y la causa es fácilmente visible: la capacidad sancionadora es, sin duda, una manifestación del principio de autotutela, pero es también la manifestación que más fácilmente puede rozar derechos constitucionales o competencias que deben ser ejecutadas por otros Poderes. Fácilmente puede intuirse que el parecido sustancial que hay entre las sanciones administrativas, especialmente las que se imponen en virtud de la relación de supremacía general, y las penas, reacciones estatales que sólo pueden ser fruto del proceso penal, ha de dar lugar a delicados problemas de coexistencia.

1.1. *La polémica de naturalezas*

Hace ya algunos años, PARADA VÁZQUEZ escribió un excelente artículo sobre el poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema jurisdiccional penal. En él se denunciaba la creciente tendencia de la Administración a aumentar su capacidad sancionadora en detrimento de la «vía normal» del derecho penal. El auténtico problema, del que se ocupaba el citado autor, venía dado por un hecho histórico en modo alguno secundario: la inexistencia de un sistema jurídico público propio de un Estado de Derecho. Una actividad sancionadora, que hasta podía conducir a la privación de libertad, no rodeada de un sistema de garantías, era totalmente repudiable.

Promulgada la Constitución de 1978, y, por ella, situada en los Tribunales la garantía última de la legalidad, aunque a ésta se someta también la actividad de la Administración, el planteamiento ha de ser necesariamente otro. Pero ciertamente el régimen formal de imposición de las sanciones no es, y seguramente no puede ser, el mismo que el de las penas. Y entonces, con independencia del origen o de la finalidad de las distintas normas, el «ciudadano abstracto» puede preguntarse por qué si sanciones y penas son sustancialmente *lo mismo no se imponen en el marco de unos principios también análogos*, pues es evidente que *formalmente* el proceso penal reúne mayores garantías que un expediente sancionador administrativo.

Aparece en este punto la tantas veces planteada discusión sobre si entre sanciones y penas hay sólo una diferencia *cuantitativa* o si esa diferencia es de índole *cualitativa*. Este tema, ya viejo, tiene una primera apariencia de cuestión de alcance meramente doctrinal, y ciertamente que si así fuera no merecería demasiada atención. Pero en seguida se aprecia que tras esa polémica se esconde un problema de mayor importancia, pues *si la diferencia es sólo cuantitativa será más difícil sostener que la reducción «cuantitativa» deba ir acompañada de un descenso de las garantías*. Quiero adelantar que las simplificaciones en esta materia pueden ser fuente de desviaciones de método, y también que la distinción «cuantitativa» o «cualitativa» es incapaz, por sí sola, de explicar la diferencia que pueda haber entre las penas y las sanciones administrativas. Pertenecer al derecho administrativo o al derecho penal sería, por sí solo, dato bastante para establecer una diferencia cualitativa, superficial, pues la infracción, como sucede por ejemplo con el delito fiscal, puede ser objetivamente la misma (otra cosa es que el concreto tema del delito fiscal tenga así un tratamiento adecuado), con una simple diferencia de cuantía. Igualmente puede decirse que los tipos penales se orientan a la tutela de bienes jurídicos frente a ataques que describe el derecho penal, lo cual no se corresponde con los tipos penales que están contruidos con la técnica de ley penal en blanco con remisión, para su integración, a normas del derecho administrativo. También hay quien afirma, seguramente tomando en consideración estos y parecidos argumentos, que lo único seguro es admitir que las infracciones administrativas y los delitos son distintos únicamente porque las penas son más graves que las sanciones administrativas. Pero esa afirmación no es del todo satisfactoria, pues las sanciones administrativas pueden ser más graves que las penas. Así, por ejemplo, las multas administrativas pueden tener una cuantía muy superior a las penas pecuniarias; y, por hablar de otras sanciones, la Administración puede imponer la sanción de separación «definitiva» de un funcionario, mientras que ese efecto no puede derivarse de una pena de inhabilitación o suspensión. Y hay que añadir también, para completar el panorama, que las infracciones administrativas en relaciones de supremacía general no hay que suponerlas «meramente formales», como si en ellas no hubiera un contenido sustancial, pues eso es incorrecto: una infracción administrativa puede consistir en un ataque (de menor

entidad) contra el mismo bien jurídico (por ejemplo, el orden público) que tutela el derecho penal frente a agresiones más graves. Por consiguiente, la defensa de bienes jurídicos tampoco es patrimonio exclusivo del derecho penal.

Por consiguiente, las penas no son estrictamente *ni «otra cosa», ni algo «más grave»* que las sanciones administrativas. De aquí podría extraerse precipitadamente la conclusión de que unas y otras se tienen que someter a las mismas garantías. Pero llegar a defender eso equivaldría a despreciar las diferencias que de *funciones y fines* tienen la Administración y el orden jurisdiccional penal. Quizá la mayor simplificación que se ha introducido en este tema sea precisamente la de establecer comparaciones en función exclusivamente de la sanción y de la pena, y no del sistema del que traen causa una y otra. Y si se plantea así la cuestión parece posible admitir que siendo común, como es lógico, el sometimiento al principio de legalidad, *las garantías que del mismo se derivan* han de estar presentes en ambos procesos sancionadores (administrativo y penal), *mas no por eso deben operar del mismo modo y en los mismos momentos.*

1.2. *La extensión de las garantías*

Los administrativistas, muchos, que se han ocupado de este problema, han coincidido en llamar la atención sobre que existe un «peligro de abusos en el campo sancionador y singularmente en las sanciones que pueden imponerse en el ámbito de las relaciones de supremacía general» (FUERTES SUÁREZ). Para obviar ese peligro el Tribunal Constitucional ha declarado que las garantías que parecían propias del proceso penal (presunción de inocencia, procedimiento contradictorio) también se han de cumplir en la imposición de las sanciones administrativas. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA defiende la extensión al sistema sancionador administrativo de las garantías originariamente desarrolladas en el orden penal; eso sí, GARCÍA DE ENTERRÍA, y otros muchos con él, sostiene que eso ha de ser así cuando se trata de sanciones impuestas en relaciones de supremacía general, pero en las derivadas de una relación especial de sujeción o supremacía como es el caso de las sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la tutela judicial sobre la legalidad de su imposición, serán otras las reglas.

Naturalmente, como ha puesto de manifiesto VIVES ANTÓN, la extensión de las garantías propias de los delitos y penas a las infracciones y sanciones administrativas es posible aceptando la identidad esencial entre unas y otras, o, lo que es igual, trazando solamente diferenciaciones cuantitativas. Y verdaderamente no hay obstáculo alguno en admitirlo así, siempre y cuando no se incurra en el exceso de creer que son exactamente «lo mismo» con nombres diferentes, pues entonces no se entenderá cómo las exigencias de autotutela, perfectamente compatibles con el respeto a la presunción de inocencia, han de dar lugar a unas actuaciones de la Administración en materia sancionadora claramente distintas del modo en que se enjuician y castigan las infracciones penales.

1.3. *El significado de las sanciones administrativas frente a las penas*

Siempre en la línea de no incurrir en simplificaciones peligrosas conviene evitar dos extremos: uno, sostener que las penas cumplen unos objetivos político-criminales determinados, de interés general, decididos por el legislador y no por los jueces que aplican normas penales, mientras que las sanciones administrativas son sólo un instrumento del que se vale la Administración para el logro de sus fines; por lo tanto, una pura manifestación de autotutela. Esta afirmación olvidaría que también la Administración ha de actuar con pleno sometimiento a la ley y al derecho y que sus normas sancionadoras forman parte de un sistema jurídico único. El otro extremo sería, lógicamente, afirmar que el derecho «represivo», en general, forma un conjunto unitario y obediente a una misma política, pues no es así:

Las penas son, además de la consecuencia jurídica del delito, instrumentos político-criminales dominados por ciertos límites y fines: intervención mínima, última ratio, logro, en lo posible, del ideal de reinserción, etc. Ninguna de estas características orientadoras o limitadoras se predicen de las infracciones y sanciones administrativas. Es más, con frecuencia se proponen éstas como eficaz camino para la despenalización, lo que entraña que con ellas pueden cumplirse funciones que parece conveniente extraer del derecho penal.

Pero que el derecho penal tenga como meta contribuir a lograr unos mínimos niveles de convivencia no significa que el derecho administrativo sancionador, al que como acabo de decir se le puede incluso confiar la misión de sustituir al derecho penal, carezca de esas llamémosles «nobles miras». Por supuesto, y lo reitero una vez más, me refiero a las sanciones imponibles en las relaciones de supremacía general.

1.4. *Autotutela y sustitución del derecho penal*

Llegando así a la utilización de la infracción administrativa como sustitutivo de los delitos, aun cuando, lógicamente, sería absurdo suponer que todas las infracciones administrativas tienen esa razón de ser, es como mejor se puede apreciar cómo *sólo una equivocada interpretación del significado del principio de autotutela puede conducir a alejar a las sanciones administrativas del ámbito de las garantías penales*. A contrario sensu puede también defenderse la legitimidad constitucional y política en cuanto al instrumento —otra cosa será lo que se declare concretamente como infracción— de la actuación sancionadora de la Administración. El ejemplo de las infracciones administrativas destinadas a sustituir a delitos es particularmente significativo de lo que quiero decir. Luego veremos qué consecuencias tiene para el sistema procedimental o de imposición. Pero en lo que ahora importa hay que señalar que la actividad sancionadora es una manifestación del principio de autotutela, *pero no es solamente eso*, ya que los objetivos de la Administración en ese campo se constituyen como una aportación a una propuesta de ordenación general que encabeza el derecho penal. Por tal razón puede exigirse que también las competencias derivadas del principio de autotutela se ejerzan con cuidadoso respeto a los ciudadanos, o, al menos, con el mismo respeto con que se produce el proceso penal.

1.5. *Las diferencias técnicas del sistema sancionador administrativo: posible obstáculo a la extensión de las garantías penales*

La «lucha» por el desarrollo y asentamiento del derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho ha cristalizado,

como es sabido, en una serie de límites o garantías que atañen tanto al potencial objeto del *ius puniendi* como a la configuración misma de la infracción penal. Así, por ejemplo, se entienden los principios de intervención legalizada (reserva de ley), mínima, exclusivamente orientada a la protección de bienes jurídicos, etc., en cuanto al primer aspecto; y, en lo que atañe al segundo, el respeto a las garantías propias del principio de legalidad, la prohibición de la retroactividad contra reo y de la analogía *in malam partem*, la proscripción de cláusulas abiertas o indeterminadas, la exclusión de toda forma de responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, que a su vez han de generar consecuencias punitivas necesariamente distintas. Y en cuanto a las consecuencias jurídicas, es decir, las penas y medidas de seguridad, el derecho penal pretende —que lo consiga es otra cosa— alcanzar la mejor «individualización» en la reacción, lo que pasa por diferentes procesos: determinación de la pena en función de circunstancias, reducción, o eliminación, del injusto o la culpabilidad en atención a las causas completas o incompletas de justificación o de exculpación; elección de una medida de seguridad para tratamiento o reeducación del autor del hecho cuando no pueda ser tenido como culpable, etc.

La pregunta clave que podemos hacernos se infiere con facilidad: ¿acaso cuando se reclama la traslación a la sanción administrativa de las garantías propias del derecho penal se está queriendo hacer referencia a todo eso? La respuesta negativa aparece intuitivamente como la más prudente. Pero ciertamente no será la más rigurosa si no se estructura mínimamente.

Si se trasladara al derecho sancionador administrativo la *totalidad* de los principios y características aplicativas que el derecho penal ha acuñado al cabo de muchos años, la consecuencia inmediata sería que esa parte del derecho administrativo quedaría sin más integrada en el derecho penal, pues la única diferencia subsistente sería el «nombre jurídico» de la reacción («sanción» frente a «pena»). A semejante posibilidad se oponen algunas razones, en el estado actual del problema, que ofrece matices muy complejos que impiden cualquier tentación simplificadora:

1.5.1. Carencias técnicas.

El derecho sancionador administrativo carece de normas en las que asentar la aplicabilidad de esos principios. Cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General (del Derecho Penal), sino a aquellos a los que el derecho penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.

El procedimiento administrativo sancionador no está estructurado para dar cabida a momentos valorativos (procesos intelectivos, personalidad del individuo) cuya significación es primordial para el derecho penal. Y tampoco las Autoridades administrativas podrían realizar una aplicación de normas que *de facto* y *de iure* requiriera razonamientos penales.

Si nos interrogamos por las causas por las que el derecho sancionador tropieza con esas dificultades para hacer realidad a los principios garantistas del derecho penal, podremos encontrar explicaciones diferenciales a las que ya he hecho mención y que volveré a comentar. Pero es que, además, no existen los instrumentos técnicos necesarios para poderlo llevar a cabo, puesto que la normativa sancionadora administrativa, especialmente la que corresponde a relaciones de supremacía general, se encuentra dispersa en diferentes Leyes o Reglamentos (no me ocupo de si éstos pueden o no establecer sanciones), y no es fácil elaborar «dogmáticamente» unos principios rectores, aunque fuera integrando reglas específicas para formar categorías generales comunes, pues esas Leyes y Reglamentos son básicamente casuísticos.

Se echa en falta, pues, un cuerpo legal, que podría ser sucinto, que recogiera las normas básicas sobre las que se apoye la actividad sancionadora «en todo caso». Es decir: unas reglas que cumplieran la misma función que la Parte General del Derecho Penal. Entretanto, lo más que se puede hacer es reflexionar sobre el alcance de la Constitución y del Código Penal cerca de la actividad sancionadora, pero sin olvidar la carencia de una norma fundamental.

1.5.2. *Lo subjetivo en la estructura de la infracción administrativa.*

Parece que la infracción administrativa ha de revestir una menor «complejidad estructural» que la infracción penal, la cual realmente ha sido objeto de una riquísima dogmática a partir de V. LISZT que ofrece hoy una depuradísima distinción de elementos y conceptos. La infracción administrativa se tiene por algo «menos grave» y, por lo mismo, «más simple». Que exista una simplificación entre el modo «penal» y el modo «administrativo» de sancionar, no ha de ser tomado, en principio, como algo sorprendente o inadmisibile. En el propio derecho penal, las faltas se aprecian y sancionan sin que los Jueces vengan obligados a tomar en consideración los criterios de determinación de pena que son obligados cuando de delitos se trata. Por motivos análogos es comprensible que el sistema sancionador administrativo se apoye fundamentalmente en hechos externos u objetivados, pues hasta sería difícil de admitir conceder a la Autoridad administrativa la facultad de realizar juicios de valor o de reproche que por pertenecer al interior de la conducta o por tener carácter culpabilista parece adecuado preservar para el monopolio judicial.

En este punto aparece la cuestión del dolo y la culpa. ¿Acaso son distinguibles en el derecho administrativo sancionador? Es habitual, en este punto, invocar la ya antigua opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el arcaicismo del sistema sancionador administrativo frente al derecho penal, opinión que el mismo autor ha revisado tras las distintas sentencias del TC que han ido conformando el aparato de garantías que debe reunir y respetar la sanción administrativa. Indudablemente, el supuesto refinamiento del Derecho Penal no ha sido alcanzado sin esfuerzo. Cuando la Reforma de 1983 incluyó en el artículo 1.º CP la exigencia de que cualquier acción punible tuviera necesariamente que ser dolosa o culposa, coronó un esfuerzo doctrinal desarrollado durante muchos años en pos de la supresión del *versari in re illicita* y todas las formas de responsabilidad objetiva. La mejor síntesis de la ideología penal en esta materia sería la siguiente: el derecho penal juzga, valora, castiga, actos del hombre que le puedan ser subjetivamente imputados, lo que no sucede en los hechos fortuitos y en todos aquellos en los que el autor no conoció ni pudo conocer el

alcance de su acto externo; en suma, el Derecho Penal no juzga «cosas o hechos acaecidos por intervención del hombre», sino «conductas humanas», y éstas son, para el derecho, o conscientes o imprudentes. La responsabilidad objetiva fue, por eso, tildada de «baldón ignominioso» del Derecho Penal (MAURACH). Naturalmente, la cuestión que acto seguido se suscita viene fácilmente dada: ¿acaso lo que se sostiene en el derecho penal no rige en el derecho administrativo sancionador? Responder a este interrogante, con los auxilios legales de que disponemos, es complicado. Pero creo que, al menos, se pueden proponer algunos puntos de reflexión:

A) No parece admisible que dolo y culpa solamente sean imprescindibles para el Derecho Penal. Otra cosa es que el Derecho Penal, además, tome en consideración otros momentos subjetivos (elementos subjetivos del injusto, premeditación, etc.), pero siempre superpuestos a esa base mínima (el dolo). Exigir ese mínimo también en las infracciones administrativas parece, pues, correcto (así se ha pronunciado también recientemente TORÍO LÓPEZ). De ese modo podríamos, avanzando, llegar a la conclusión de que «dolosidad o culposidad de la conducta humana» son conceptos categorialmente válidos para la totalidad del Ordenamiento Jurídico, aunque hayan sido aportados por el Derecho Penal, al igual que la teoría de la tipicidad, por ejemplo.

Pero la aceptación de que deba mediar el dolo o la culpa puede dar lugar a distintas interpretaciones sobre su alcance: entender que al menos debe concurrir «culpa» o suponer que el sistema sancionador administrativo ha de distinguir sus infracciones y sanciones según se trate de conductas dolosas o culposas, como hace el Derecho Penal, lo que a su vez es el paso previo a la medición, de la exigibilidad de conducta adecuada a derecho.

La segunda posibilidad indicada, aunque pueda ser un *dessideratum* comprensible, no parece realizable fácilmente en el marco de la actividad sancionadora de la Administración. Es difícil admitir que las Autoridades administrativas puedan verificar juicios valorativos como es el apreciar dolo o culpa. Es también difícil construir las infracciones administrativas distinguiendo, desde la norma, entre formas dolosas y culposas. Quizá pueda añadirse que dolo y culpa no «añaden» nada al injusto administrativo, esencialmente objetivo: un adelantamiento indebido, que constituye

una infracción administrativa, no varía su significación jurídica por ser intencional o imprudente, en el dudoso supuesto de que fuera fácil efectuar esa distinción.

Parece más prudente tomar la primera interpretación propuesta: en las infracciones administrativas debe concurrir al menos culpa, o, dicho de otro modo, *sólo se excluye lo fortuito y, por lo mismo, la pura responsabilidad objetiva*. En puridad la eventual concurrencia de dolo no añade nada a ese ilícito administrativo. Que se haya descrito alguna infracción administrativa incluyendo elementos subjetivos puede suceder, pero a buen seguro que la interpretación es simplemente excluir la responsabilidad objetiva, o así debiera ser. *Pero la razón por la que ha de concurrir dolo o culpa en la infracción administrativa no reside en el parentesco con el derecho penal únicamente, pues dolo o culpa son elementos imprescindibles para que una conducta sea relevante para el Derecho en general*. La afirmación de que dolosidad o culposidad integran una categoría general significa que en cada una de las parcelas del sistema jurídico cuando se describe cualquier especie de conducta humana ésta será dolosa o culposa. *Cuestión distinta* es que ese componente subjetivo sea entendido de modo diferente en el derecho penal y en el no penal, así como que la prueba de su existencia se apoye o no en presunciones (vgr.: la diferencia entre el dolo del alzamiento de bienes y la acción realizada en fraude de acreedores).

En el derecho privado es patente la diferencia entre culpa y dolo, advertidas la diversidad de significación que media respecto del derecho penal, y, especialmente, las de prueba de su existencia. Dilucidar si es admisible la responsabilidad por hechos causados de modo absolutamente fortuito, en el derecho privado, nos llevaría demasiado lejos del tema de estas páginas. Pero creo que de preceptos como los artículos 1105 y 1602 se puede deducir una respuesta negativa.

En suma, pues: sin entrar en separar infracciones administrativas intencionadas e imprudentes, es fácil sostener que la responsabilidad administrativa no podrá nunca derivarse de actos *que no sean una de las dos cosas*; y ello es coherente con lo que debe ser un principio informador de la totalidad del Ordenamiento.

B) Es conocida la prolija difusión del derecho sancionador administrativo, y eso dificulta en cierta medida la comprobación

del grado de realidad del respeto al principio de exclusión de la responsabilidad objetiva. Ello no obstante, y tomando algunas disposiciones significativas, tanto de la relación de sujeción especial como de la general, puede apreciarse un panorama razonablemente respetuoso con la idea de incorporación de un componente intencional o imprudente en la conducta sancionadora. Incluso es dable observar en alguna norma disposiciones orientadas a una mayor profundización en la valoración de la personalidad del infractor, si bien, en el otro extremo, existen muchas descripciones que nada dicen sobre elementos subjetivos, y, en tales casos, *faltando una Parte General que los exija*, se abre la duda sobre si son o no necesarios. Veamos algunos ejemplos:

- El Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado señala, por ejemplo, como falta grave (art. 7.1.f) «causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios». Nada se dice si ha de ser «intencional», pero creo que puede concluirse en que así debe ser toda vez que el «descuido o negligencia» en el ejercicio de la función se reputa falta leve (artículo 8.d), y ese descuido puede ser generador de un daño, o al menos esa interpretación es la que permite reducir el ámbito de la falta grave, aunque sólo fuera por cumplir el principio interpretativo *odiosa sunt restringenda*.
- La Ley General de Sanidad (de 25 de abril de 1986) hace una clara diferenciación entre lo intencional y lo imprudente: mientras que el artículo 35.c).2.ª designa como «infracciones muy graves» las que se realicen «... de forma consciente y deliberada...», el artículo 35.a).2.º señala que serán infracciones leves «... las cometidas por simple negligencia...».
- Otro ejemplo lo ofrece la Ley 19/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios, que declara en su artículo 35 que «... las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves atendiendo... al grado de intencionalidad...».
- El conocido artículo 77 de la Ley General Tributaria indica que «... las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia...».
- Hasta cierto punto sorprendente, por la amplitud de preceptos «personalizadores», es el Reglamento de Disciplina

Urbanística para el desarrollo de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 23 de junio de 1978, pues establece una pseudopreterintencionalidad respecto al daño causado (artículo 55.2.1), la valoración del conocimiento mayor o menor de las normas (art. 55.3), y la eficacia del arrepentimiento activo (art. 55.2.2); además, declara la responsabilidad directa de las personas jurídicas por las infracciones cometidas por sus órganos o agentes (art. 58).

A la vista de estos ejemplos, creo que puede afirmarse que si bien las normas administrativas sancionadoras no ofrecen una valoración depurada o matizada del elemento subjetivo de la conducta, no es en modo alguno «desconocido», pues hay suficientes muestras de que, incluso, se distingue en ocasiones entre lo intencional y lo negligente.

Claro está, quedan muchas infracciones en las que el legislador nada ha dicho sobre si se castigan por intencionales o por negligentes, o por cualquiera de las dos razones, o aunque sean fortuitos, y en estos casos lo único seguro es *excluir* la responsabilidad objetiva. Con ello se cumple, pues, con un postulado limitador elaborado en el pensamiento penal.

1.5.3. *La exigibilidad de conducta y la sanción administrativa: conocimiento y error.*

En el Derecho penal, como es sabido, la afirmación de concurrencia de dolo o culpa es sólo el primer paso para la ulterior sustentación de la *culpabilidad*, la cual, según opinión muy extendida que aquí no me pararé en analizar, supone exigibilidad de conducta adecuada (posibilidad de actuar de otro modo), conocimiento del derecho o las prohibiciones y, por ello, juicio de reproche que puede expresarse en la pena.

Partiendo de estas ideas puede formularse una importante pregunta: ¿debe (y puede) la Administración, en relación con el principio «penal» de culpabilidad, respetar al menos el presupuesto consistente en la «posibilidad de exigir una conducta adecuada a derecho»? Sin entrar en la polémica que en la ciencia penal hay sobre la función y significado de este elemento o principio, puede admitirse, pues es cuestión comúnmente aceptada, que al menos

supone la «*posibilidad de conocimiento del derecho*», y, por lo mismo, la de conceder relevancia a la ignorancia y al error.

El tema, que en último término *tendrá que ser resuelto por los Tribunales al ejercer la tutela judicial* en los recursos que se les presenten, reviste especial importancia si se considera la complejidad del ordenamiento administrativo. En modo alguno puede decirse que en el sistema sancionador administrativo rija el principio *ignorantia legis non excusat* de modo «absoluto», pues este principio en lo penal tiene solamente como efecto una inversión de la carga de la prueba (el que haya padecido error debe demostrarlo), pero no supone una desvirtuación de la eficacia de la ausencia de conocimiento.

La cuestión se complica cuando vemos cómo se entiende la concurrencia de «conocimiento» en el derecho penal. Es común, en este punto, seguir las palabras de MEZGER, en el sentido de admitir que el conocimiento suficiente para la culpabilidad no es el técnico y preciso, sino simplemente una «valoración paralela en la esfera del profano», de manera que el no jurista puede intuir, por razones sociales y culturales, lo que está autorizado y lo que está prohibido. Esta manera de entender el conocimiento ha sido objetada incluso en el ámbito de la ciencia penal, pues es relativamente válida para los que GAROFALO llamaba delitos «naturales», pero no para todos aquellos que obedecen a una decisión político-criminal sectorial o los tenidos como «muy formalistas»; y como ejemplo de estos últimos se citan precisamente aquellos delitos que se consideran «infracciones administrativas elevadas a infracción penal». Por consiguiente, hay una idea latente según la cual respecto de las infracciones administrativas no es razonable suponer un conocimiento «profano» o «intuitivo».

Naturalmente que en este tema del conocimiento y del error se trabaja con muchos apriorismos, tanto en lo que se afirma como en lo que se niega. Es posible que alguien desconozca que es delictivo utilizar públicamente un título nobiliario que no se posee y, en cambio, es altamente improbable que alguien crea que puede iniciar una actividad comercial o industrial sin las oportunas licencias y autorizaciones. Por lo tanto, no es admisible partir de la idea de que la ciudadanía *nunca* puede imaginar lo que la Administración prohíbe o sanciona. Y pueden añadirse más argumentos: en muchas actividades sectoriales (por ejemplo: tráfico rodado, sanidad, construcción, transportes, etc.), los que partici-

pan en ellas tienen un conocimiento de las reglas dictadas por la Administración muy superior al que seguramente tienen del «derecho general». De manera, pues, que el problema del conocimiento en relación con las infracciones administrativas puede circunscribirse en realidad a las infracciones «generales» (comisibles por cualquier ciudadano) en relación de supremacía general.

Así las cosas, podemos volver al principio y a la pregunta de partida sobre si la Administración debe y puede tomar en consideración la ignorancia o el error. Y estimo que la respuesta ha de ser afirmativa, al menos en el plano *teórico*. Otra cosa es que falta el asiento normativo para hacer realidad esa apreciación. No obstante, alguna disposición que antes he citado, como el Reglamento de Disciplina Urbanística, indica (art. 55.3) la necesidad de valorar el conocimiento mayor o menor de las normas. Este ejemplo pone de manifiesto que la cuestión de la relevancia del error en el derecho administrativo sancionador no es tanto un problema de «admisibilidad conceptual», cuanto de «regulación legal». Y tampoco debe ello extrañar demasiado, pues en el derecho penal positivo español no han sido descritos los efectos del error hasta la Reforma Parcial y Urgente de 1983.

1.6. *Otros principios informadores del Derecho Penal*

En el apartado anterior se han analizado brevemente cuestiones «internas» de la infracción administrativa (voluntariedad, dolo, culpa, exigibilidad de conducta por preceder conocimiento). No hemos entrado, porque nos alejaría demasiado del tema, a examinar cuál debe ser el tratamiento a dar a problemas como la enfermedad mental o el estado de necesidad en relación con una infracción administrativa. Son temas que antes o después se habrán de plantear. Cabe adelantar que la enajenación, en tanto afecta a la capacidad de obrar, deberá ser siempre considerada. El estado de necesidad parece también, en principio, digno de ser considerado, pues si es eficaz en el choque entre dos bienes jurídicos, puede serlo en el enfrentamiento entre un bien jurídico y lo que, *prima facie*, es un interés de la Administración. Pero todo ello es difícil de practicar faltando principios normativizados.

El problema de la sanción administrativa y de la pena, *contemplado desde la posición del ciudadano que es sancionado o castigado*, requiere tomar en consideración lo dicho anteriormente, pues en el fondo se discute la «universalidad» de las «garantías» que se dice son comunes a la pena y a la sanción. Así lo ha entendido el TC a partir de las conocidas sentencias de 8-6-1981 y 3-10-1983. En estos fallos el TC declaró que las sanciones administrativas debían respetar las garantías penales puesto que esas sanciones eran también una manifestación del poder punitivo del Estado. Se indicaron como tales, las de rango legal de la norma sancionadora (principio de legalidad formal), respecto al derecho de defensa, con la realidad del derecho a proponer prueba y a la presunción de inocencia, y prohibición del doble castigo de un mismo hecho; incluye además, el TC, la exigencia de tutela judicial efectiva, para lo cual es precisa la posibilidad de recurrir al orden jurisdiccional.

Ahora bien, los principios y garantías propios del Derecho Penal son mucho más amplios que éstos, sin dudar de su importancia, y conviene saber qué ocurre con ellos. Además, la constatación del respeto a los principios señalados por el TC no es sencilla, como podremos ver en relación con el principio *non bis in idem*.

Dejando a un lado los problemas que en Derecho Penal se considerarían cuestiones de teoría del delito, quiero referirme a ciertos principios generales del Derecho Penal cuya vigencia, que antes he mencionado de pasada, puede plantearse también para la infracción administrativa.

Las antes citadas sentencias del Tribunal Constitucional, de indudable importancia, destacan la trascendencia de ciertos principios aplicativos o procedimentales a los que se ha de someter la imposición de una sanción. Pero otros principios no citados en esas sentencias tienen capital importancia, sobre todo por algo que el propio TC declara: que la sanción administrativa es también una manifestación del Poder Punitivo del Estado. Y si es así, justo será que las leyes que fundamenten la actuación sancionadora de la Administración se sometan también a ciertos *límites materiales* que proceden de la significación que para el Estado social y democrático de Derecho tienen determinados principios:

1.6.1. *La exclusiva protección de bienes jurídicos y la desviación de poder.*

El derecho penal se orienta teóricamente al objetivo exclusivo de protección de bienes jurídicos. Naturalmente, aunque el concepto de bien jurídico no sea privativo del orden penal, pues es válido para la totalidad del Ordenamiento, ha sido la ciencia penal la que ha depurado y perfilado su significado. Igualmente, y de ahí el carácter «fragmentario» del Derecho Penal, éste actúa frente a los ataques «más graves» contra los bienes jurídicos dignos de protección penal.

El siguiente paso consiste en afirmar que el derecho penal no puede nunca ser utilizado para proteger intereses parciales o puramente políticos, que no puedan reunir ese carácter de «general aquiescencia» que se predica de los bienes jurídicos. Igualmente, la selección por el derecho penal de los ataques más graves, supone que otros ataques de menor entidad, subjetiva u objetiva, pueden remitirse a otras ramas del Ordenamiento. Y esta última circunstancia creo que proporciona la base de solución del problema siguiente: si la actividad sancionadora de la Administración debe también orientarse exclusivamente a la tutela de bienes jurídicos, aunque naturalmente haya de ser ejercida frente a ataques menos graves que los penales.

La actividad sancionadora de la Administración pretende orientarse a la consecución de los objetivos que constitucionalmente le son propios y exigibles. Todo lo que exceda de esa meta perdería legitimidad constitucional. Normalmente la infracción administrativa, y eso es fácil de comprobar, se integra por conductas, todas, lesivas para bienes jurídicos *de titularidad colectiva*, bienes que lógicamente pueden ser objeto de ataques más graves (los delictivos).

Hasta aquí todo parece razonable, como lo es el decir que no es admisible ejercer la potestad sancionadora para utilidades coyunturales ajenas a esa finalidad de tutela a la que tiende la actuación de la Administración (art. 103.1 CE). Los Tribunales pueden controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), también, cómo no, en relación con la actividad sancionadora. Los «fines que la justifican» deberán interpretarse entonces de acuer-

do con los criterios apuntados en orden al objetivo perseguido. La posibilidad de que una norma sancionadora *sea declarada ajena a los fines* de la actuación administrativa, o que esa declaración pueda hacerse de un acto sancionador concreto, está por consiguiente *abierta*. En lenguaje jurídico-penal hablaríamos de «juicio de antijuricidad material». No será exacto decir lo mismo en materia sancionadora; pero sí que ésta se justifica tan sólo en la medida en que atienda a los fines propios de la Administración.

Creo conveniente señalar que el concepto de «antijuricidad material», de claras resonancias penales, no es absolutamente privativo del derecho penal. En éste se designa bajo ese nombre a la real y efectiva afectación del bien jurídico por el acto formalmente típico. Además, se supone que en el proceso legiferante se ha procurado penalizar únicamente conductas que ostentaran ese carácter. Y, junto con ello, se dice que el derecho penal sólo se legitima por la orientación a la tutela de bienes jurídicos importantes frente a los ataques más graves.

La actividad sancionadora de la Administración, como antes he dicho, también está orientada a los fines que constitucionalmente son propios de la Administración. Si ésta recurriera al sistema sancionador para objetivos ajenos a ese fin incurriría en *desviación de poder*, concepto que aunque no se corresponde con el de antijuricidad material, acaba cumpliendo la misma función, puesto que del mismo modo que exigimos afectación de bien jurídico, lo que implica la insuficiencia de la llamada «antijuricidad formal», también exigimos la «coherencia con los fines propios de la administración», cuando de actividad sancionadora se trata.

1.6.2. *El dogma del hecho.*

En Derecho penal se reconoce al «Dogma del Hecho» carácter fundamental. Frente a movimientos, nunca definitivamente desterrados, que pretendieron o pretenden basar la reacción primitiva en «modos de vida» o «conductas habituales», el derecho penal moderno, aferrado a la concreción fáctica, se proclama como un derecho penal de la culpabilidad *por el hecho*, sin que pueda integrarse el injusto por ningún otro ingrediente anterior o de pronóstico. Ello no obsta para que el hecho cometido ponga de manifiesto una alteración de la personalidad que como tal haya de ser tra-

tada mediante una medida de seguridad de carácter educador o terapéutico.

El llamado «dogma del hecho», que así se denomina el postulado anterior, puede derivarse también del principio de legalidad, que, concretado en el artículo 1 CP, se manifiesta en la declaración de que son delitos las «acciones u omisiones, etc.», expresión que inequívocamente alude a una obligación de concreción. La ciencia penal, por su parte, se ha esforzado en solicitar la desaparición de todos los delitos que, como la usura o el rufianismo, se apoyan en un hábito de vida, y no en acciones precisas.

La cuestión que se suscita, a la vista de estas reflexiones, es *si también la infracción administrativa* debe someterse al dogma del hecho, o si por el contrario la Administración puede ejercer la autotutela frente a conductas «habituales» o modos de vida. En antiguas normas de Policía pueden encontrarse ejemplos de sanciones imponibles por la Administración a personas «de determinados hábitos», lo que también se hizo en conocidas normas penales, como la Ley de Vagos y Maleantes, que, como es sabido, reprimía la mendicidad habitual, la homosexualidad, la dedicación a la prostitución y otras conductas «habituales».

Tras la promulgación de la Constitución y, con ella, la vigencia general del principio de legalidad en todas sus manifestaciones, y, especialmente, la seguridad jurídica, creo que puede afirmarse sin vacilación que la actividad sancionadora de la Administración no puede traspasar el *límite del hecho concreto*, estándole vedada la represión de cualquier conducta que desborde ese marco o que, aisladamente considerada —me refiero a los actos singulares que la integran—, carezcan por sí solos de entidad jurídica.

1.6.3. *La «última ratio» y la limitación de fines de la actividad sancionadora.*

Pero es que, además, el principio de autotutela debe realizarse con sujeción al *límite de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines propios de la Administración* (que de manera mediata se integran en el interés general). El derecho penal se dice sometido al principio de «última ratio». No puede transportarse este principio a la actividad sancionadora. Pero sí, en cambio, esa *limitación de fines* que pertenece al principio de *intervención*

mínima. Según éste, el Derecho penal debe actuar lo menos posible y sólo para el control de conductas que de otro modo se harían insoportables para la convivencia. Por ello el Derecho penal renuncia —o debe renunciar— a castigar muchas conductas (culposas, o de escasa relevancia aunque sean intencionadas). Este mismo principio, en la actividad sancionadora, supone que la Administración no ha de perseguir metas de retribución o prevención, que pueden ser propias del Derecho penal y venir fundadas en hechos graves, sino únicamente proteger y procurar el logro de sus fines. Ello no obsta para que la sanción administrativa de determinadas conductas pueda integrarse en el diseño de una política criminal global, que no es lo mismo que realizar la política criminal a través de competencias sancionadoras de la Administración.

Mientras que en la actividad sancionadora especial o sectorial es fácil apreciar el cumplimiento de esta «razón de ser» de la infracción y la sanción, no puede decirse lo mismo en otras materias que aun siendo formalmente también «sectoriales», ofrecen un claro aspecto de «ordenación general», cual es el caso de las infracciones y sanciones relacionadas con el orden público. Indudablemente éstas deben existir; y también puede apreciarse que la materia del orden público y la seguridad integra un paradigma de concurrencia necesaria del derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Pero debe trazarse una «frontera» dentro de la «continuidad». Esa frontera, por todo lo dicho hasta ahora, no se puede fijar en atención a lo que debe estar rodeado de garantías y lo que no precisa tantas —distinción inadmisibile— sino entre lo que pertenece a los objetivos de la actuación administrativa —en este caso la necesidad de garantizar mínimamente la seguridad y el orden público— y lo que por gravedad o por implicación de otros bienes jurídicos contra los que intencionadamente se dirija un ataque por el autor del hecho, requiera de la intervención del derecho penal.

1.7. *La autoría en las infracciones administrativas y la capacidad infractora de las personas jurídicas*

1.7.1. *Autoría y participación.*

Quién puede ser autor de un delito y cuántas personas deben responder por la comisión de un hecho delictivo por uno u otro título, es materia de la que se ocupa la teoría de la autoría y la participación criminal. La dogmática construida sobre estos conceptos es muy rica y, por supuesto, no voy a recoger en este lugar pues sería una vana pretensión. Mas sí parece adecuado reparar en algunos principios que inspiran al pensamiento penal en esta materia: *a)* nadie debe responder por el hecho cometido por otro; *b)* la autoría no significa la impunidad de los partícipes; *c)* no toda contribución a la comisión de un delito tiene la misma significación; *d)* autor solamente puede serlo quien reúna las condiciones exigidas por la correspondiente figura de delito; *e)* las personas jurídicas no tienen capacidad de actuar como tales en el derecho penal.

La cuestión que se suscita es fácil de imaginar: ¿es esto también cierto en la infracción administrativa? Adelanto que *no*, al menos en muy buena parte: todos esos principios se desprenden o construyen dogmáticamente a partir de los preceptos reguladores de la responsabilidad criminal, que a su vez complementan a los que definen el delito y son complementados por los que determinan las penas. Pero *si no existiera Parte General* solamente responderían de los delitos las personas cuyo comportamiento pudiera ser *directamente subsumido* en la correspondiente figura de delito; sería implanteable la inducción, la coautoría y la complicidad. Las personas jurídicas, al no poder «actuar en el sentido de los tipos», pues éstos siempre describen comportamientos «humanos», nunca pueden delinquir; pero es que tampoco cabría inculpar la actuación en nombre o interés de otro (art. 15 bis del CP vigente). Tan sólo la prohibición de responsabilidad por el hecho cometido por otro quedaría resguardada.

En el Derecho administrativo sancionador no se dispone, como reiteradamente se ha recordado, de una normativa que cumpla la función que desempeña la Parte General en el Derecho Penal. La consecuencia se deduce fácilmente: no es posible sus-

tentar la responsabilidad por la infracción más que respecto de aquellos sujetos que directamente hayan realizado la conducta constitutiva de la misma. No cabe, por lo tanto, incluir a inductores, coejecutores o cómplices. Ello no obsta para que todos los sujetos intervinientes en un hecho puedan ser tenidos por igual, y cada uno, como autores de la infracción; pero nunca habrá una responsabilidad por la participación en el hecho de otro. Que esto sea así tampoco debe suscitar, en principio, especial preocupación, pues la infracción administrativa tiene *prima facie* un carácter de *desobediencia a la orden*, dentro de una relación jurídica de sujeción (general o especial), que se sobrepone a la ofensa mediata a un bien jurídico, que sin duda existirá en mayor o menor medida. Siendo ésa una característica importante de la infracción, puede admitirse que la «personalísima» naturaleza de ésta explica el que no se sienta la necesidad de extender, como regla, el ámbito de los responsables. Ahora bien, no por eso puede darse el potencial problema por resuelto, pues no es inimaginable que una persona haya cometido una infracción administrativa bajo inducción de otra o cumpliendo órdenes suyas. No es admisible, como principio, que la realización de un tipo penal puede generar, por ejemplo, exculpación para el sujeto activo y responsabilidad para el autor de la orden, y no haya de ser así en el orden sancionador administrativo. Una vez más, pues, se hace sentir la necesidad de una regulación de los problemas generales de la infracción administrativa, donde se enclavarían las reglas concernientes a las personas responsables por su comisión.

1.7.2. *La capacidad «infractora» de las personas jurídicas.*

La mencionada relación de sujeción habrá de cumplir un importante papel explicador en relación con el problema de la capacidad infractora de las personas jurídicas.

Aunque este tema hoy tiene un planteamiento aparentemente pacífico en la doctrina española, no ocurre lo mismo en el derecho comparado. Y, por otra parte, admitida la capacidad infractora, se suscita la duda o controversia en torno a cómo han de operar derechos fundamentales como la presunción de inocencia, que, en principio, nacieron concebidos para las personas físicas.

Como acabo de indicar, el problema de la capacidad de infracción de la persona jurídica, en el derecho, jurisprudencia y doctrina españoles, no se plantea conflictivamente, pues de modo casi unánime se admite que el principio *societas delinquere non potest* es solamente válido para el derecho penal, mientras que en el derecho sancionador administrativo carece de eficacia pues se entiende que las personas jurídicas pueden cometer infracciones administrativas y ser sancionadas.

La claridad de la diferencia no debe conducir a creer que las respectivas afirmaciones son tajantes. El Derecho penal contempla sanciones para las personas jurídicas, aunque no reciban el nombre de penas, y el derecho administrativo sancionador conoce sanciones aplicables a personas físicas por las decisiones de —personas jurídicas (p. ej.: en materia de actividades bancarias)—. Así pues, el sistema positivo tiene elementos que impiden la validez absoluta de la afirmación inicial.

No por ello deja de subsistir una preocupación derivada del ideal de justicia material; a saber: que una persona jurídica necesariamente tenga que responder por lo que haya hecho uno de sus miembros, y no de modo subsidiario, sino solidario, conjunto, o directo. De ahí que en ocasiones se plantee, tímidamente en la doctrina española pero intensamente en la extranjera, que las garantías penales se desprecian en el derecho sancionador administrativo ante todo por no respetar el principio de «individualización y personalización de las sanciones», en cuya virtud nadie debe responder por los hechos de otro, al margen de que uno y otro sean personas físicas o jurídicas.

Esta idea, y eso es lo que importa, parte de la pretendida identidad de garantías que entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador debe existir, y que es el tema del que ahora nos ocupamos. Ya he advertido que las garantías que el TC declara imprescindibles en todo acto sancionador sea penal o sea administrativo se refieren únicamente al modo de enjuiciar (derecho a defenderse, a ser oído, a proponer prueba, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva). Otras garantías «estrictamente penales» no han sido ni siquiera mentadas, especialmente las derivadas del sometimiento del derecho penal al principio de culpabilidad (por el hecho).

De este último principio (el de culpabilidad) derivaría *por exclusión* la incapacidad de las personas jurídicas para ser sujeto

activo de delito y soportar la pena. El inicio de culpabilidad solamente es concebible respecto de la persona física, única capaz de ser imputable. La pena únicamente tiene sentido aplicada a individuos. Y ciertamente no hace falta un gran esfuerzo intelectual para comprender que un mero «concepto jurídico», carente de realidad física, como es el de «persona jurídica» no puede obrar en el sentido de los tipos penales, que describen conductas humanas.

Pero también el derecho penal se ha enfrentado a este problema desde hace muchos años, y lo cierto es que su planteamiento no es tan simple o claro como se podría precipitadamente deducir de lo anterior. Dejando a un lado los pocos penalistas que han sostenido la «capacidad de obrar» en sentido físico de la persona jurídica, cuyos miembros serían «brazos de un cuerpo», ideas que son tan ficticias como la de llamar «persona» a la persona jurídica, no es cierto, como antes dije, que el derecho penal haya excluido de sus reacciones a las personas jurídicas. El Código vigente conoce sobrados casos de medidas de disolución de sociedades, prohibición de actividades, cierre de sus establecimientos, etc. (cfr. arts. 238, 265, 344, 347 bis, 499 bis del CP y art. 5 de la LOC, la actuación de bandas armadas y elementos terroristas), sanciones todas que si bien no es correcto calificar como «penas», sino mejor como «medidas de seguridad» —las razones de la conveniencia de esta distinción no es del caso exponérlas aquí— suponen indudablemente reacciones primitivas. Y siendo así no es posible sostener la necesaria ajenidad de las personas jurídicas a las consecuencias jurídicas de las infracciones penales.

Pero la objeción a la tesis de la incapacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones administrativas puede encontrar fundamentos mucho más sólidos. Los que tal idea defienden olvidan, al parecer, que el auténtico obstáculo con el que el derecho penal se ha encontrado no ha sido el de la «incapacidad de obrar» de la persona jurídica, pues las conductas típicas «siempre» las realizan hombres concretos, sea por decisión libre, sea inducida o mandada por otros. El problema ha surgido cuando la correspondiente figura de delito exigía unas condiciones en el autor que se cumplieran en la persona jurídica (p. ej.: empresario, parte contratante, sujeto tributario) pero no en la «persona física actuante», y entonces la impunidad venía dada por imperativo del principio de legalidad, pues esa persona física no podía realizar un tipo delictivo que exigía unas condiciones en el autor que no se

daban en el sujeto obrante. Este obstáculo ha sido removido desde la Reforma de 1983 por el artículo 15 bis CP. Gracias a esta regla complementaria de las de autoría cuyo análisis dogmático no es necesario exponer aquí, puede apreciarse cómo para el Derecho Penal no hay más que personas físicas responsables criminalmente, y que no pueden escudarse en no ostentar específicas condiciones jurídicas requeridas por el tipo para el autor pues esa objeción viene salvada por el artículo 15 bis. Por consiguiente, *el principio penal real es que la realización de la conducta objetiva descrita en un tipo genera siempre fundamento de responsabilidad.*

Sentado el principio anterior, veamos lo que ocurre en algunos supuestos concretos que se parecen estructuralmente a las infracciones administrativas. Me estoy refiriendo a los delitos que esencialmente están contruidos como infracciones de deberes o incumplimientos de órdenes, es decir, aquellos que no consisten en la producción de una acción con capacidad causal. El ejemplo más claro vendría dado por el delito de desobediencia (art. 238 CP). La obligación de cumplimentar una orden del Gobierno pesa sobre el destinatario de la misma, sea persona física o jurídica. La desobediencia de una «Sociedad» no es más que una actitud o decisión tomada por sus órganos de administración, regidos por personas físicas que son las que soportarán la pena. En cambio, cuando se trata de una infracción administrativa, la sanción se impone directamente a la sociedad como tal. Pero eso no debe extrañar, pues diversas razones lo justifican:

a) Existe una previa relación jurídica entre la persona jurídica y el Estado que nace con la misma autorización de su existencia y continúa con relaciones de toda clase en las que se da un control de las actividades de la Sociedad, en donde quizá el de índole económico tributario sea el más visible.

b) La conminación o amenaza *penal* solamente puede dirigirse o formularse respecto de personas *físicas* que son las únicas que pueden *cumplir una pena*, especialmente cuando ésta es privativa de libertad; en cambio, la sanción administrativa puede perfectamente ser cumplida por personas físicas o jurídicas, pues ni su presupuesto ni su función o finalidad guardan relación alguna con la «personalización» de las reacciones penales, hecho visible desde el artículo 25, 1 y 2, de la Constitución, y desde el sentido mismo de las reacciones penales.

En conclusión, pues, las personas jurídicas pueden sin obstáculo alguno ser *sujetos pasivos* de la sanción administrativa, del mismo modo en que son *sujetos activos de la relación* con la Administración.

No hay, pues, lugar a plantear una supuesta incapacidad de las personas jurídicas para la sanción administrativa en nombre de una analogía con lo que acontece con las penas tradicionales. Otra cosa es que, en Sociedades muy grandes en las que están integradas muchas personas, los individuos con capacidad decisoria en nombre de la Sociedad sean también muchos, y que todos ellos puedan provocar la imposición de una sanción administrativa a la Sociedad en cuyo nombre e interés actúan. Incluso puede ocurrir que se hayan apartado del interés social y pese a eso sea la Sociedad la que deba soportar la sanción. En cuanto a estos problemas, me remito, en primer lugar, a lo que antes dije: el principio penal real es que las personas físicas suplen la imposible, en algunos casos, «actuación» de la persona jurídica. En segundo lugar, y en relación con los «desvíos» en que pueda incurrir algún miembro concreto de la persona jurídica, cabe decir que no es admisible una responsabilidad administrativa «subsidiaria» respecto de la sanción, pues ésta no puede imponerse «personalmente» al sujeto-autor del hecho si éste sólo tiene sentido como «hecho de la Sociedad». Que la Sociedad pueda repetir contra uno de sus miembros, o sancionarlo, o despedirlo, es cosa distinta y que no afecta a la relación administrativa que haya de servir de presupuesto para la sanción administrativa. Sin duda pueden darse situaciones «materialmente injustas» (p. ej.: el Director de una Agencia bancaria infringe gravemente las normas sobre control de cambios, dando lugar a una sanción contra el Banco, pese a que los órganos de Administración de éste hubieran desconocido tales prácticas). Pero más injusto sería aún, para la Administración y para el resto de los ciudadanos, desvincular a la persona jurídica de los actos de sus miembros u obligar a la otra parte en una relación, pública o privada, a demostrar que la actuación de la persona física en el caso concreto expresaba la voluntad societaria. Es verdad que a la persona jurídica de poco le sirve demostrar lo contrario en la eventualidad de la imposición de una sanción; y en cambio sí le sería útil en un problema penal. Pero no hay que olvidar que en este último nunca se trata de sustraerse a la pena, que en ningún caso le habría de ser impuesta.

Ciertamente estas cuestiones no obtienen tal vez una solución satisfactoria. Ni la podrán conseguir hasta tanto no se disponga de un conjunto de principios positivizados que marquen las reglas fundamentales de la responsabilidad y del enjuiciamiento en relación con la sanción administrativa, pues no es suficiente derivar soluciones por aplicación directa de la Constitución o de la interpretación que de ella se haga. Convendría disponer de una auténtica «Parte General» previa a las infracciones administrativas concretas, y que cumpliera la función que tiene el Libro I del Código Penal.

2. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM»

La prohibición de que un mismo hecho acarree dos castigos constituye una lógica derivación del principio de legalidad, y así viene por todos reconocido, aun cuando no se trate de una prohibición expresamente descrita en la Constitución. No es pues extraño que el TC sostenga que el hecho castigado por un Tribunal no puede ser ulteriormente sancionado por la Administración. Cosa distinta es, pero no quiero entrar en ella, la consecuencia que debe tener la sanción administrativa impuesta sobre un hecho que posteriormente recae en la jurisdicción de los Tribunales. Ciertamente la tesis de que un mismo hecho no puede ser una u otra cosa, existir o no existir, según dos diferentes Poderes del Estado, es lógica. Acto seguido hay que admitir que la primacía constitucional corresponde al Poder judicial y, por consiguiente, si éste castiga un hecho nadie puede volver a sancionarlo, ni siquiera el mismo Poder judicial, y si declara que tal hecho no existió o no lo cometió la persona que del mismo venía acusada, no puede la Administración ni volver a sancionar ni actuar desoyendo la decisión judicial.

Pero la cuestión no es tan simple como podría derivarse de ese planteamiento, pues siendo cierto que lo que un juez o Tribunal declare sobre un hecho y una persona produce los mentados y definitivos efectos, puede suceder que determinados aspectos de ese hecho, *relevantes para el derecho sancionador administrativo*, carezcan de significación para el derecho penal:

En las infracciones y sanciones imponibles en el ámbito de las relaciones de supremacía especial el problema es particularmente visible, pues las infracciones disciplinarias, y basta la lectura de las descritas en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, guardan en muchos casos un parecido muy acusado con determinados delitos. En las relaciones de supremacía general también puede suceder, siendo los casos más notorios los de la relación entre delito fiscal e infracción tributaria o determinadas infracciones de orden público en relación con algunos delitos que son de la misma naturaleza.

A) En estos casos no hay problema alguno si el Tribunal penal *castiga* o *absuelve* por no haber tenido participación en el hecho el sujeto que había sido sancionado. *Pero si la absolución se funda en la no concurrencia de todos los elementos exigidos por la correspondiente figura de delito para poder decidir la punibilidad última del hecho, la cuestión puede complicarse; basta pensar en alguna de las situaciones posibles:*

- Se ha realizado el tipo objetivo pero no se aprecia la concurrencia del dolo; o bien, aun concurriendo el dolo, falta un elemento subjetivo del injusto. Un buen ejemplo sería el del delito fiscal no apreciado por falta de «ánimo de defraudar».
- Se ha realizado el tipo objetivo y subjetivo, pero ha actuado una excusa absolutoria. Un ejemplo podría ser el desistimiento o la revelación en la rebelión o sedición (arts. 225 y 226 CP vigente).
- Se ha realizado la plenitud del tipo, pero el Tribunal penal aprecia la concurrencia de una circunstancia eximente. Eso, que puede acontecer en muchos delitos, deberá a su vez matizarse según que el hecho sea «justificado» o «disculpado».

Ante absoluciones así fundamentadas la posición de la Administración parece difícil. Las necesidades de autotutela es evidente que subsisten pese a que el ciudadano no haya actuado dolosamente; el caso del delito fiscal resulta paradigmático: la falta de dolo no habría de arrastrar a la infracción tributaria. En cambio, la concurrencia de una causa de justificación claramente determina que la conducta es ajustada a derecho. En cuanto a las excusas

absolutorias, que por naturaleza sólo atañen a la punibilidad, o las causas de exculpación, que afectan sólo a la culpabilidad pero dejando subsistente el injusto y sus efectos (cfr. art. 20 CP en relación con la subsistencia de la responsabilidad civil), el problema parece que debiera resolverse de otro modo, salvo que se extendiera, *como parece obligado a falta de indicaciones legales expresas*, que lo penalmente disculpado resulta también disculpado para el derecho sancionador administrativo, y que lo afectado por una excusa absolutoria haya de seguir el mismo camino.

En suma, parece que *lo único* medianamente seguro es que la ausencia de determinados componentes subjetivos de algunos delitos puede dejar subsistente la infracción administrativa. En el resto de casos cualquier decisión de la Administración rozaría peligrosamente la falta de respeto al *non bis in idem*. E incluso en los aceptables casos de falta un de elemento subjetivo pueden plantearse objeciones, y no sólo por la segura reacción contraria y contenciosa del administrado, sino también porque *es difícil admitir que una infracción administrativa pueda configurarse con hechos fortuitos o culposos*. Volviendo al ejemplo del delito fiscal: si los Tribunales declaran que el impago no ha sido intencional, por ejemplo, o que obedeció a un error de prohibición es aceptable que la Administración pueda añadir recargos; pero *no parece tan evidente que pueda establecer sanciones fundadas en una responsabilidad objetiva*, al menos como regla general. No podemos entrar en este punto en el tema de la conveniencia y urgencia de alcanzar una enumeración de los principios generales de la infracción y sanción administrativa; pero sin duda ése sería el único modo de resolver estas dudas, que por hoy deben acabar resolviéndose en favor del sancionable.

Además de los problemas indicados conviene señalar otro: las reservas con que puede admitirse que la Administración analice jurídicamente las sentencias penales para decidir sobre la razón de la absolución y si ésta les deja abierto o no el campo sancionador. Podría entenderse que la fuerza absolutoria de la sentencia, en el sentido del artículo 118 de la Constitución, cierra el paso a todo intento sancionatorio, *sin que la Administración pueda permitirse entrar a analizar si la absolución se funda en uno u otro motivo*. Y en verdad hay que reconocer que admitir tal posibilidad encierra muy grandes peligros para la seguridad jurídica y para el respeto a la primacía del Poder Judicial. Por supuesto, lo que aca-

bo de señalar nada tiene que ver con la capacidad de la Administración para *continuar resolviendo problemas no resueltos en la sentencia penal pero ajenos a la pena y a la sanción*, como, por ejemplo, la liquidación de la total deuda tributaria si el Tribunal penal no lo hubiere hecho; pero eso ya no incide en la prohibición de la doble sanción.

B) El origen de este problema y, por lo tanto, su solución, hay que situarlo en otro ámbito, que incidentalmente he mencionado. Si estas situaciones son imaginables es, ante todo, por el *excesivo número de infracciones administrativas estructuradas como forma menor de los delitos*. Si las conductas integrantes de infracciones administrativas fueran netamente *diferentes* de las delictivas, el solapamiento sería más difícil. Por ello el legislador ha de procurar que lo descrito como delito no se repita como infracción administrativa.

Naturalmente, en ciertos ámbitos eso es, se dice, particularmente complicado. Tal es el caso del derecho disciplinario (relación de sujeción especial) respecto de los delitos de los funcionarios públicos. Pero también aquí se podría razonablemente conseguir que esos delitos no se «repitieran» como infracciones administrativas. En segundo lugar convendría tomar otras decisiones legislativas, pues ciertamente la confusión de ámbitos penal y disciplinario hace que las penas «profesionales» (inhabilitación y suspensión), necesarias para la Administración, pendan de la sentencia penal si se aprecia delito, mas no si únicamente se sanciona una infracción disciplinaria. Una medida que contribuiría a facilitar el deslinde de problemas consistiría en que el Código Penal, en los delitos de funcionarios, dejara el problema de la «situación profesional» siempre en manos de la Administración, con la limitación, por supuesto, de que la Sentencia no hubiera decidido la total inexistencia de un hecho o la participación en el mismo del funcionario acusador.

C) Pero la mejor solución a estos problemas sería claramente que los Tribunales penales, al dictar sentencias absolutorias en procedimientos seguidos por delitos en los que subyace una infracción administrativa, común o disciplinaria, hicieran *pronunciamiento expreso* sobre la subsistencia de la capacidad sancionadora de la Administración. Sólo así se satisfarían las exigencias de la autotutela y las de la seguridad jurídica.

3. EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

Quiero ocuparme ahora de otros aspectos de la relación —en la medida en que exista— entre el derecho sancionador administrativo y el derecho penal. En concreto, me refiero a la que hay o podría haber entre el derecho disciplinario y el derecho penal de funcionarios. De esa relación, dos problemas ostentan la importancia o interés primordial, a mi modo de ver: *a)* el paralelismo entre la supremacía general/sujeción especial y los delitos comunes/delitos (especiales) de funcionarios; *b)* la acumulación en el derecho penal de sanciones (penas) iguales a las de otros delitos —para los delitos de funcionarios— y penas de carácter «profesional» (inhabilitaciones y suspensiones). A este segundo problema puede añadirse el de la superposición de normas disciplinarias y penales en relación con una misma conducta. Intentaré observar estas cuestiones por separado:

3.1. *Supremacía general y especial sujeción*

La distinción entre «relaciones de supremacía general» y de «especial sujeción» es, en lo que se alcanza a ver, de uso común en la doctrina y jurisprudencia administrativa. Parece clara y poco cuestionada, y, siendo así, tiene poco sentido quererla discutir desde la óptica de otras parcelas del Derecho. Pero aunque sea admitiendo esas reservas, creo que pueden destacarse algunas notas importantes: las infracciones administrativas correspondientes a cada una de esas relaciones, siendo esencialmente eso (administrativas), ofrecen una diferencia *cualitativa* no desdeñable. La incorporación a la función pública supone previo conocimiento de un régimen disciplinario específico para esa función. Esa posición inicial puede ulteriormente explicar cómo se entiende la presunción de inocencia, en cuanto condicionante de la imposición de la sanción, y la finalidad misma de la sanción, que, aun siendo instrumento complementario para el logro de los fines que son propios a la Administración, se explica ante todo por la necesidad de preservar el orden y disciplina internos.

Mas este entendimiento de la relación de sujeción especial parece limitar ésta a la que existe en el ámbito de la función públi-

ca, lo cual no parece exacto, puesto que a ella se incorpora también la correspondiente a los profesionales respecto de sus respectivas corporaciones o Colegios Oficiales y la normativa por éstos dictada para regular las condiciones de ejercicio de cada profesión. El sentido muchas veces «deontológico» de estas reglas, combinado con la idea misma que se tiene de lo que es una «profesión liberal», hace que sea difícil sostener con el mismo rigor que cuando de funcionarios se trata, la presencia aquí de una «sujeción especial», sin entrar a considerar importantes problemas, que ha puesto de manifiesto T. R. FERNÁNDEZ, como es el de la *imprecisión legal* en que se mueven muchas de las reglas y sanciones concernientes a las actividades de funcionarios. El Código Penal describe también delitos de «profesionales», y, sobre todo, el Derecho Penal ha acuñado con notable profundidad la idea de «imprudencia o negligencia profesional». Siendo así resulta palpable una particular relación entre la normativa reguladora de la actividad de determinadas profesiones y algunas figuras importantes del derecho penal positivo, relación que en la imprudencia profesional llega a la integración de esa normativa en el injusto típico mismo, por la vía de las *normas de cuidado*. En suma, pues, se abren aquí importantes ámbitos de reflexión, especialmente por el contraste que existe entre el rigor del principio de legalidad en materia penal y la, seguramente inevitable, imprecisión técnico-legislativa de las normas que regulan la actividad profesional y que han de ir a parar al campo de la antijuricidad. Estos problemas son sin duda importantes, pero profundizar en ellos —quiero sólo apuntar— llevaría muy lejos del tema inicial, que circunscribimos a la relación entre las relaciones de supremacía general y especial y los delitos *de funcionarios*.

3.2. *Delitos comunes y «especiales de los funcionarios»*

Centrada pues la cuestión en torno a la actividad de los funcionarios, creo que es posible afirmar que las infracciones tienen una naturaleza *cualitativamente* distinta de la que es dable apreciar en la llamada relación de supremacía general que opone la administración, en determinadas materias, a los ciudadanos genéricamente considerados, y eso con independencia de la imprecisión del ámbito comprendido en el concepto de «supremacía

general». Se suscita entonces la posibilidad de establecer un cierto paralelismo con los delitos de los funcionarios descritos en el Código Penal, pues es palpable la coincidencia de objeto de este sector del derecho disciplinario. Este grupo de delitos («de funcionarios») han sido frecuentemente considerados «especiales» tanto por la limitación de la posible comisión a los funcionarios públicos —de ahí procede técnicamente la «especialidad»—, cuanto porque el bien jurídico protegido se contrae al «buen orden de la Administración», sin necesidad de incorporar dimensiones del bien jurídico de alcance más general, como si esos delitos tuvieran interés solamente para un ámbito limitado de relaciones. En suma: de los delitos de funcionarios se ha sostenido con frecuencia que componen un grupo particular en el que ni la estructura de la autoría y participación ni, lo que es más importante, el *fundamento del injusto* son análogos a los demás delitos.

Antes de plantear si eso es también lo que acontece en el llamado régimen disciplinario respecto de las relaciones de supremacía general, es preciso admitir o rechazar la tesis de la «diferenciación» de los delitos de funcionarios, y adelanto que la supuesta diferencia es *inadmisibile*. Hubo un tiempo, y todavía hoy hay muchos autores que aún lo sostienen, en el que se opinaba que los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos (abandono de funciones, cohecho, malversación, desobediencia, prevaricación, etc.) se explicaban por la necesidad del buen orden de la Administración, hasta tal punto que el efectivo daño a la causa pública o a los particulares era tenido como elemento complementario cualificador. El Código Penal hoy vigente evidencia esa manera de entender la razón de ser de muchos de estos delitos. Pero en la actualidad domina en el pensamiento penal una opinión diferente caracterizada por los siguientes rasgos:

- Estos delitos son sustancialmente iguales que los demás (*o deben serlo*) y por lo tanto están sometidos al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de «última ratio», y por lo tanto los bienes que se protegen son necesariamente de *interés general*, de *especial importancia*, y los ataques que se castigan han de ser los más graves.
- Que solamente puedan ser *autores principales* de estos delitos los sujetos que desempeñen determinada función pública no obsta para que las demás personas puedan participar en ellos con otros títulos de responsabilidad criminal.

La anterior advertencia, según la cual estos delitos *deben ser* materialmente iguales que los demás, lleva implícito el reconocimiento de que en ocasiones no es así, y por lo tanto se ha producido una utilización del derecho penal para intervenir en problemas que por la circunscripción de intereses que tienen, nunca hubieran debido rebasar el ámbito del derecho disciplinario. Pero es de esperar que el legislador del futuro no reincida en esa tentación criminalizadora, cuyas consecuencias, hoy visibles, indicaré más adelante.

Queda, pues, aclarado que los delitos de funcionarios no revisten características diferenciales respecto de los demás delitos. Siendo así, se puede reformular la analogía de situaciones respecto del derecho sancionador, y plantearlas del siguiente modo: el derecho penal es «único» y el derecho sancionador también, o bien, el derecho sancionador es diferente de modo que dentro de él es *obligado distinguir* entre el derecho sancionador general y el derecho disciplinario. Personalmente me inclino por esta segunda posibilidad, advirtiendo, además, que su admisión no es ociosa o de poca trascendencia. Al contrario: aceptar esa diferencia supone aceptar distintas razones de ser de cada infracción y diferente construcción de todo lo referente a conocimiento, voluntad, presunción de inocencia, que no puede operar igual en ambas clases de infracciones.

3.3. Efectos de la «sujeción especial»

La doctrina administrativa se ha ocupado de establecer distinciones entre las infracciones comisibles en las relaciones de supremacía general y las que tienen lugar en las de especial sujeción:

A) La *reserva de ley orgánica* que se tiene por irrenunciable en las infracciones en relaciones de supremacía general, no se considera tan necesaria en las de sujeción especial, siendo el propio Tribunal Constitucional (STC 42/1987, de 7 de abril, muy bien comentada por MESTRE DELGADO) quien entiende que la sujeción especial es exponente de la capacidad administrativa de autoordenación, distinta del genérico *ius puniendi* del estado, al que, en cambio, se acomodan las infracciones en relaciones de supre-

macía general, que por lo mismo requieren un escrupuloso respeto del principio de reserva de ley. Con ello el TC tampoco quiere decir que no sea precisa ley habilitante alguna, sino que la reserva de ley ha de actuar de manera diferente. Como señala MESTRE, no podría ser de otro modo dado el sometimiento de la Administración al principio de legalidad en su actuación, por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución. Pero lo que en realidad sucede es que ese reblandecimiento del principio de reserva de ley se traduce en la concesión de virtualidad, en orden a la determinación de las infracciones de los Reglamentos e incluso normas menores, como es el caso de los acuerdos colegiales en relación con la actividad de determinados profesionales. Por supuesto, no faltan voces en la doctrina administrativista que rotundamente se oponen a cualquier diferenciación, en tema de legalidad, entre una y otra clase de infracciones.

B) También la *presunción de inocencia* recibe un tratamiento diferente según se trate de infracciones en relaciones de supremacía general o de especial sujeción. En lo que alcanzo a ver, domina en este punto el parecer de GARCÍA DE ENTERRÍA, que entiende que en las infracciones en relaciones de supremacía general las garantías han de ser mayores, de manera que deberá concederse la suspensión de la efectividad de la sanción, en caso de recurso, siempre que se solicite por el administrado, al margen de las garantías que se le exijan, dado el valor preferente de la presunción de inocencia. Pero no sucede así en las infracciones en ámbitos de especial sujeción, en las cuales la «ejecutividad» sí se considera compatible con la presunción de inocencia, además de constituir una exigencia lógica de la autotutela administrativa, que es lo que en ellas tiene aquel «valor preferente».

Así pues, y concluyendo, las infracciones en ámbitos de especial sujeción son *sustancialmente* distintas de las que se dan en las relaciones de supremacía general. Las dos diferencias que se acaban de indicar se suman a otras derivadas del principio de «aceptación de condiciones» del servicio o trabajo, que en el momento de sancionar se transformará o manifestará en la manera de valorar la intencionalidad o el grado de conocimiento de las reglas con que actuó el infractor. Por lo tanto, *no existe ni puede existir* un paralelismo entre los delitos comunes respecto de los de funcionarios y las infracciones «generales» respecto de las espe-

ciales. Aquellos son en esencia iguales, teniendo la distinción un mero valor clasificatorio, pero éstas no.

3.4. *La superposición de delitos e infracciones administrativas y el problema de las sanciones profesionales*

Al ocuparme antes del alcance del principio *non bis in idem* me he referido a su real alcance, al menos según lo veo. De lo allí dicho quiero retomar algún aspecto. En concreto: la condena penal no tiene por qué impedir la actuación adicional de la Administración cuando el delito conlleva la comisión de una infracción en relaciones de sujeción, pues sostener lo contrario podría conducir a desprestigiar legítimas y necesarias exigencias de autotutela, como es fácil ver en algunos ejemplos. Por lo mismo, no constituye una necesidad político-criminal ni afecta a la lógica o coherencia del sistema al que la situación profesional que deba tener un funcionario tras la comisión de un hecho delictivo sea decidida por los Tribunales generales, que de ese modo se ven obligados a «interpretar» cuáles son las exigencias de autotutela en cuanto «orden interno», que debe tener la Administración respecto de aquel autor de delito-infractor.

Pensemos en algún ejemplo ilustrativo: funcionario de prisiones que es condenado como autor de un delito de lesiones dolosas contra un interno; o funcionario judicial que es condenado como autor de un delito de cohecho. En ambos casos la realización del tipo penal supone la simultánea comisión de una infracción administrativa. Lógicamente, la Administración puede desear separar *definitivamente* de la función pública a esos funcionarios autores de faltas muy graves. La Ley penal no contempla sanción de tal clase, pues las penas de inhabilitación tienen una duración limitada en el tiempo. Que la Administración pueda valorar así la situación es perfectamente comprensible, pues esas infracciones penales, de haber sido cometidas *antes* del ingreso en la función pública hubieran impedido éste. Por lo tanto, es normal que lo mismo que impide la «entrada» haya de imposibilitar la «permanencia». En cambio, en la actual situación del derecho positivo, se llega a sostener que esa posibilidad de reacción de la Administración supondría un «segundo castigo» para un mismo hecho, opinión que, afortunadamente, no es en modo alguno unánime.

La idea del «segundo castigo», así expresada, indica una abierta y terminante infracción del principio *non bis in idem*. Pero su incorrección nace de su misma formulación, pues no es otro «castigo», como he intentado reflejar en los ejemplos propuestos. Las penas, indudables castigos, pueden explicarse de acuerdo con exigencias de retribución o de prevención, y siempre en el marco de unos objetivos político-criminales —prescindiendo de que sean o no eficaces para alcanzarlos—; pero las sanciones administrativas en relaciones de sujeción especial no están ni así fundadas ni así orientadas, sino que, como reiteradamente se ha dicho y reconocido, se explican de acuerdo con necesidades de autotutela en relación con el orden interno, y suponen una quiebra de las reglas aceptadas, quiebra que puede hacer imposible la continuidad al servicio de la Administración. Por lo tanto, no estamos ante una mera cuestión de diferente «etiquetado» de reacciones igualmente represivas, sino ante *secuencias jurídicas* de actos y efectos distintas en origen, fundamento y objetivo. Es fácil comprender, tomando uno de los ejemplos sugeridos, que un funcionario de prisiones condenado por lesionar intencionadamente a un recluso, al margen de la pena que se le imponga por ese delito contra el bien jurídico integridad física, no puede volver a ser funcionario de prisiones pues ha perdido una de las condiciones indispensables para ostentar ese cargo. Que la Administración lo separe definitivamente del Cuerpo correspondiente o que le impida volver a él, constituye una elemental exigencia de autotutela.

Por supuesto, buena parte del problema viene provocado por las llamadas penas privativas del derecho que se señalan para casi todos los delitos de funcionarios (basta leer el Título relativo a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, VII del vigente Código Penal), en el que las suspensiones e inhabilitaciones aparecen como pena acumulativa o única de todos los delitos del grupo. Cosa diferente es lo que ocurre con estas penas cuando son «accesorias» de otras (privativas de libertad), lo que no significa que en estos otros casos la necesaria accesoriadad sea de indiscutible bondad. Pero en los delitos de funcionarios la existencia de penas de indudable carácter «profesional» hace extraordinariamente difícil que la ulterior reacción sancionadora de la Administración no sea vista como una tajante violación del principio *non bis in idem*.

Evitar esta concurrencia no ha de entenderse como algo capri-

choso, obediente al mero afán de permitir la intervención de la Administración, sino como una idea que responde al convencimiento de que la realización de la política criminal a través de la pena es perfectamente compatible con el reconocimiento de que es la Administración la que debe valorar la significación y consecuencias profesionales que tiene la comisión de aquel delito de funcionario. Si las leyes penales, para esta clase de delitos, no contemplan penas de contenido «profesional», el problema del respeto al principio *non bis in idem* queda salvado pues simplemente se atribuye a dos poderes diferentes la decisión sobre las consecuencias distintas de un mismo hecho, mientras que en la actualidad esas dos consecuencias son decididas por la ley penal. Y descendiendo a las consecuencias más absurdas que tiene el sistema actual basta recordar que las inhabilitaciones especiales imponibles como consecuencia de la comisión de un delito tienen una duración limitada establecida en la ley penal; y, en cambio, las faltas muy graves, de acuerdo con el Reglamento de Régimen disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 10-1-1986, pueden comportar la separación del servicio definitiva. Con ello resulta que en relación con hechos de menor significación jurídica, pues así en teoría serán las infracciones disciplinarias respecto de los delitos, la capacidad de autotutela de la Administración es notoriamente mayor que cuando de delitos de funcionarios se trata.

En cambio, la comisión de delitos vulgarmente llamados «comunes», en los que el hecho y el bien jurídico afectado nada tienen que ver con la función pública que se desempeña, no debería dar lugar a una ulterior actuación de la Administración para depurar hipotéticas responsabilidades «profesionales» no suficientemente fundamentables, ni explicables en términos de «autotutela»; salvo que se confunda ésta con los proscritos Tribunales de Honor. Ciertamente puede haber delitos que impliquen la pérdida de idoneidad para la función, aunque se trate de delitos comunes. Algunos de estos casos ya han sido contemplados por el legislador, como por ejemplo los delitos contra la libertad sexual cometidos por maestros (art. 445 CP), y ya tienen prevista su consecuencia profesional, y así debe ser. Pero en los restantes casos es mejor que por efecto de la pena accesoria sea la sentencia penal la que decida la consecuencia profesional.

4. RESUMEN

La infracción y sanción administrativa está destinada a someterse a muchos de los principios procedimentales y materiales que gobiernan y limitan la apreciación de delitos y la imposición de penas, pero no a todos. La responsabilidad criminal y su medición o negación ofrecen criterios utilizables en buena medida por el sistema sancionador, pero no plenamente. La política criminal y la autotutela son cosas diferentes y eso se manifiesta también en esas diversidades. Ello no obstante, el sistema sancionador tiene todavía que dar algunos pasos en orden a la integración de algunas «conquistas penales» que sí deben ser asumidas por cualquier manifestación represiva del Ordenamiento Jurídico. A su vez, dentro del sistema sancionador administrativo, es inevitable reconocer muy importantes diferencias entre las relaciones de supremacía general y las de especial sujeción. Con independencia de todo esto, y tal y como reiteradamente he manifestado en las páginas anteriores, la mejor solución a todas estas cuestiones solamente puede venir dada por una ley reguladora de la potestad sancionadora que cumpliera la función que en el Derecho Penal desempeña la Parte General.

JURISPRUDENCIA

