

# LOS MEDIOS DE LA POLICIA Y LA TEORIA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Por FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de Derecho administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER: A) *La situación de sumisión de los particulares.* B) *Las relaciones especiales de poder.* C) *Los límites del poder de policía.*—III. LOS MEDIOS DE LA POLICÍA: A) *La reglamentación de policía; autorizaciones, órdenes y prohibiciones.* B) *La coacción.*—IV. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: A) *La sanción como medio represivo.* B) *La potestad sancionadora y el Derecho penal.* C) *Clases de sanciones administrativas: a) la multa; b) la prisión gubernativa; c) otras medidas sancionadoras.*

## I. INTRODUCCIÓN.

En otra ocasión hemos configurado la policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública (1).

Si bien es cierto que se trata de un concepto que tiene un perfecto encaje en el sistema actual del Estado de Derecho, debe de advertirse que estamos ante una noción heredada de la etapa anterior. Cabalmente el Estado-policía se caracterizaba en su actividad por las numerosas medidas de tipo limitativo con que interfería la actividad de los particulares, desde la tasa del pan hasta la censura de las publicaciones (2).

Al consagrarse legislativamente el Estado de Derecho, el individuo

(1) Vid. GARRIDO FALLA: *La evolución del concepto jurídico de policía administrativa*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 11, 1953.

(2) La Ley de 27 de julio de 1754 es, en este sentido, una de las más completas entre las integrantes de nuestra vieja legislación. En ella se contienen los principios de la legislación sobre las imprentas que caracterizaba el régimen policial de la época. Por ejemplo, la introducción sin expresa real licencia de libros de autores españoles impresos fuera de España se castigaba con la pena de muerte (art. 13). Hasta el Decreto de Carlos III de 14 de noviembre de 1762 no se suprimió la tasa sobre el precio de venta de los libros. Vid. GONZÁLEZ PALENCIA: *Estudio histórico sobre la censura gubernativa en España*. Madrid, 1934.

aparece como titular de una esfera de libertad (*status libertatis*) protegida jurídicamente contra las intervenciones del Estado (3). Tal esfera está constituida por el conjunto de los «derechos de libertad» (4). Ahora bien, la posibilidad de que del uso de los derechos de libertad puedan derivarse peligros para el interés público, justifica las potestades de policía en manos del Estado. Con la policía administrativa el estado de libertad civil deja de ser un derecho absoluto del ciudadano (5).

Se desprende, pues, de lo anterior la siguiente definición de la policía administrativa: aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos (6).

Es ésta, por tanto, una definición de la policía en función del con-

---

(3) De acuerdo con la formulación de G. JELLINEK el individuo, en el Estado de Derecho, se encuentra en las tres situaciones siguientes: 1.ª el *status negativus libertatis*, o situación de libertad negativa, que se explica suponiendo la existencia, en torno a cada particular, de una esfera jurídica intangible para el Estado; 2.ª el *status positivus civitatis*, o situación positiva del individuo dentro del Estado, que es una consecuencia de la ciudadanía, que le faculta para dirigir sus pretensiones a la Administración pública y que estas pretensiones sean satisfechas cuando ello sea procedente; 3.ª el *status activae civitatis*, también consecuencia de la ciudadanía, pero que deriva de la posición activa que determinados ciudadanos ostentan, que capacita para ejercer funciones y realizar actos de autoridad pública; los derechos derivados de este *status* activo son los denominados derechos de la función pública (*Sistema dei Diritti pubblici subbietivi*, trad. italiana, 1912).

(4) Pietro VIRCA ha intentado demostrar la inutilidad del concepto de *status* para construir el de *libertad*, realizando la crítica de las doctrinas que arrancan de JELLINEK. La libertad jurídica se monta, según él, sobre el conjunto de todos los derechos subjetivos y no sólo sobre los derechos de libertad. (VIRCA: *Liberta giuridica e diritti fondamentali*. Milano, 1947, pág. 57.)

(5) RANELLETTI caracterizaba el *status* de libertad civil como «aquella posición del individuo sustraída a la intervención y mando del Estado y por éste reconocida y protegida, en la que el individuo se manifiesta en su vida *natural* y desarrolla su actividad para conseguir los fines y satisfacer los intereses que tiene como *hombre*, independientemente, pues de su cualidad de miembro del Estado». El propio autor caracteriza así la policía: «La policía tiene el fin de garantizar al todo social y a sus partes contra daños o lesiones, infracciones de sus derechos que puedan provenir de la actividad de los individuos» (*La polizia di sicurezza*, en el t. IV del *Primo trattato completo di Diritto amministrativo*, de ORLANDO, pág. 232).

(6) Coincide fundamentalmente esta definición con la de JORDANA DE POZAS y ENTRENA CUESTA (*Apuntes de Derecho administrativo*, curso 1958-59).

Como observa FLEINER, la policía no es hoy en día una función pública independiente; es, sencillamente, un sector determinado de la actividad administrativa, a

cepto de orden público. Empero, plantear así la cuestión significa relativizarla de una vez para siempre, siendo este concepto contingente y variable. Lo que se entiende por orden público, en efecto, depende en cada momento de las concepciones dominantes acerca de los fines del Estado.

Siendo el Estado de Derecho abstencionista en sus comienzos, el orden público casi se limita a asegurar la «tranquilidad de la calle». La policía administrativa es simplemente *policía de seguridad*. Pero antes de entrar en los linderos del siglo XX se produjo ya una tal ampliación de los fines estatales y autorizaron las leyes tan considerable número de nuevas intervenciones administrativas que, junto a la policía de seguridad—que, por antonomasia, siguió denominándose *policía general*—, comenzó a hablarse de *policías especiales*, para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares dictadas en relación con materias específicas: policía minera, forestal, de aguas, de la circulación, etc. Realmente lo que había ocurrido es que el concepto de orden público se estaba ampliando, o, dicho de otra forma, que nuevos aspectos del interés público venían a justificar el empleo de las típicas medidas de coacción en que la policía consiste. La antiguamente denominada *policía general* queda entonces convertida, a su vez, en una más entre las policías especiales: la policía de seguridad.

Se ha verificado así, en sentido ampliatorio, un desplazamiento de la causa justificante de la acción coactiva estatal. Lo que caracteriza el Estado intervencionista de nuestros días es cabalmente esto: que la Administración está legitimada para limitar coactivamente las actividades de los particulares y no solamente por razón de orden público, tal como éste era concebido hace un siglo. Sin hacer estas advertencias resultaría

saber: la actividad que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público. En el Estado moderno, según FLEINER, la policía cumple de dos maneras con su deber de prevenir los peligros que pudieran perturbar la convivencia ordenada de los hombres: 1.º la tutela gubernativa propiamente dicha para impedir o prevenir los peligros de la vida cotidiana; así, compete a la policía o autoridad gubernativa el cuidado de la limpieza y alumbrado de las vías públicas o de fijar señales de aviso en los cruces peligrosos de los caminos; 2.º además, frente a los ciudadanos tiene la facultad de dictar disposiciones obligatorias para someter la actividad de la libertad personal y de la propiedad a los límites que el bien público exige (*Instituciones de Derecho administrativo*, trad. española, págs. 311 y sigs.).

un anacronismo seguir hablando del orden público en aquel sentido estricto como finalidad exclusiva de la policía. Lo único cierto es que para asegurarlo aparece una de las especies de la policía: la policía de seguridad (7).

En definitiva, lo que hemos conseguido de esta manera es verter el viejo conjunto del Derecho policial—de tan impresionante tradición en la literatura jurídico-pública—en los moldes del moderno sistema de Derecho administrativo, para constituir uno de los fundamentales capítulos en la teoría de los medios coactivos de la Administración (8).

## II. EL FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER.

### A) *La situación de sumisión de los particulares.*

El tema del fundamento del poder de policía tiene necesariamente que sufrir el impacto de la evolución del concepto de orden público que antes se ha señalado. Si el orden público sólo comprende el orden material y la policía es sólo una policía de seguridad, entonces podrá hablarse—como hizo OTTO MAYER—de un deber genérico de los súbditos de no perturbar el orden, como fundamento del poder de policía.

Pero ya se ha visto hasta qué punto la estricta finalidad del mantenimiento del orden público queda estrecha para explicar el total conjunto de la actividad policial del Estado de nuestros días. Incluso la actividad interventora de las Corporaciones locales aparece en nuestro

(7) Cabe también la postura, por BALLBÉ mantenida, de reservar el concepto de policía dentro de los estrictos límites que tiene el Estado abstencionista, empleando el término *intervencionismo* para caracterizar la actividad coactiva del Estado moderno. Pero creo que no hay ninguna diferencia de naturaleza jurídica (y, desde luego, la finalidad perseguida no lo justifica) entre ambas formas de actividad coactiva; hasta el punto de que ni siquiera el uso de la palabra policía o del concepto de policía tiene otra justificación que la tradición que lo respalda.

(8) Esto ha de ser muy tenido en cuenta al enumerar las cuestiones que tienen su sede propia en este lugar del sistema del Derecho administrativo. No pueden repetirse aquí cuestiones que tienen su encaje sistemático en otros lugares. Así, carceraria de sentido repetir aquí el estudio de los actos (administrativos) de la policía (reglamentos, órdenes, autorizaciones...), la ejecución forzosa, recursos procedentes contra la actuación ilegal de la policía y responsabilidad en el ejercicio de esta actividad. Esto sólo es explicable en obras de carácter monográfico sobre la policía; así lo hace, por ejemplo, Pietro VIRGA en *La potestà di Polizia*. Milán, 1954.

Derecho legitimada para alcanzar, a través de los típicos medios de la policía, finalidades que representan muy variadas facetas del interés público (9).

Si, por otra parte, se tiene en cuenta, como se verá más adelante, que los objetos sobre que recaen el poder de policía son la libertad y la propiedad de los particulares, resultará que el fundamento de aquel estará en íntima correlación con las naturales limitaciones que de la vida en sociedad derivan para la libertad y propiedad. El fundamento de aquel poder es simultáneamente el fundamento de estas limitaciones. Y, viceversa, de la extensión positiva de los conceptos de libertad y propiedad se derivan asimismo las limitaciones naturales del poder de policía.

Resulta entonces que la situación de sumisión en que el administrado se encuentra se manifiesta en este campo como una consecuencia de que ni el derecho de libertad puede ser absoluto, ni la propiedad puede ser utilizada contrariamente a los intereses de la comunidad. Aparte de las específicas declaraciones constitucionales a este respecto que se contienen en los ordenamientos positivos de la mayoría de los países —y, desde luego, en el nuestro—, se trata de algo que está tan en la esencia del moderno Derecho administrativo, que la reacción policial contra el abuso en el ejercicio de ambos derechos (libertad y propiedad) queda genéricamente justificada aunque los textos positivos no contuviesen más detalladas precisiones (10).

(9) El Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, que supone la aceptación legal de una tripartición de la actividad administrativa (intervención administrativa en la actividad privada, acción de fomento y servicios públicos de las Corporaciones locales) substancialmente análoga a la que se desarrolla en el texto, coloca en sus primeros artículos el fundamento del intervencionismo administrativo coactivo. Resulta legitimado: 1.º en el ejercicio de la función de policía para asegurar la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas; 2.º en materia de subsistencias; 3.º en materia de urbanismo; 4.º en los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización de bienes públicos, y 5.º en los demás casos autorizados legalmente y por los motivos y para los fines previstos (art. 1.º). Está claro que el antiguo concepto de orden público resulta aquí desbordado.

(10) En este sentido ha podido afirmar ALESSI que incluso en defecto de límites expresa y positivamente establecidos, el derecho de libertad sólo subsiste en la medida en que sus manifestaciones no constituyan lesión de la esfera jurídica de los demás, o bien lesión del orden jurídico constituido (*Sistema istituzionale di Diritto amministrativo*, cit., pág. 464).

En el mismo sentido se pronuncia ENTRENA CUESTA para quien el fundamento de

Aunque no sea del todo cierta la afirmación de que la situación general de sumisión en que el administrado se encuentra es fundamento exclusivo de la policía (pues esta sumisión deriva también de la atribución a la Administración pública de otras potestades no estrictamente policiales) (11), sí puede lícitamente configurarse la potestad de policía como la más típica e inmediata manifestación de la situación administrativa de supremacía, sobre todo si se pone en contraste con otras peculiares situaciones—a que aludiremos a continuación—en que los poderes de la Administración derivan de una relación específica que sólo afecta a determinados administrados en concreto.

### B) *Las relaciones especiales de poder.*

Junto a la situación general de supremacía en que la Administración pública se encuentra y de la que deriva correlativamente la situación de sumisión de los administrados frente al ejercicio de la policía administrativa, el Derecho público conoce otros supuestos de supremacía especial (12) que determinan la existencia entre la Administración y ciertos administrados de unas «relaciones especiales de poder» (13).

la potestad de policía es un principio general del Derecho, y precisamente del Derecho administrativo, derivado de las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico. Por tanto, no es necesario un fundamento legal expreso para rechazar por la fuerza cualquier trastorno ocasionado al orden público (*Apuntes...*, cit., pág. 19).

(11) Es obvio afirmar que las potestades en que se manifiesta la actividad de policía no son las únicas que determinan la supremacía estatal: fuera de ella quedan, por ejemplo, la potestad expropiatoria y la potestad impositiva. VIRCA, por ejemplo, distingue así la policía (a la que, por cierto con impropiedad, califica de *potestad*, siendo así que se trata de una actividad que se manifiesta a través de varias potestades) de las otras potestades administrativas: «La potestad de policía se distingue de las otras potestades de naturaleza administrativa no por razones de carácter formal, es decir, por la pertenencia de los órganos que la ejercen a la organización de la policía, sino por razones de carácter material, esto es, por el hecho de que la potestad de policía tiene una causa propia, diversa de la de los otros poderes administrativos, y un fin específico que perseguir, que la diferencia de todos los otros poderes» (*La potestá...*, cit., págs. 2 y 3).

(12) ALESSÍ dedica especial atención al estudio separado de «la supremacía jurídica general de la Administración» (*Sistema...*, cit., págs. 148 y sigs.) y de la «supremacía especial» (op. cit., págs. 201 y sigs.).

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA ha criticado (en el número 26 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA) que en la versión castellana del *Lehrbuch* de FORSTHOFF se hayan traducido las expresiones *allgemeine Gewaltverhältniss* y *besondere Gewalt*.

En estos casos la situación de dependencia no deriva meramente de la indiferenciada cualidad de administrado, sino del hecho concreto de haber entrado en contacto de una forma más inmediata y directa con la institución administrativa. Es, por ejemplo, el caso del funcionario público, del alumno de una escuela pública o Universidad del Estado, o del enfermo que es atendido en un hospital de la Beneficencia pública. En todos estos casos el administrado se encuentra sometido, no sólo a los reglamentos generales de la policía administrativa, sino a las normas que rigen en concreto el Organismo (determinado Cuerpo de funcionarios) o establecimiento público (Universidad, hospital) a que pertenece.

El origen de estas relaciones puede estar en un acto voluntario del particular (pues voluntariamente se ingresa al servicio del Estado o en una Universidad), o bien en un mandato ajeno a su voluntad (la Ley que ordena el servicio militar obligatorio y, por tanto, la incorporación a la disciplina militar; o la sentencia que condena a ingresar en un establecimiento penitenciario) (14).

---

*verhältniss* respectivamente por relación general de poder y relación especial de poder. Es cierto que la doctrina italiana, a partir de ROMANO, habla de la supremacía general y la supremacía especial de la Administración pública, y a ella se adhiere GARCÍA DE ENTERRÍA. Pero las preferencias personales de este autor en relación con este problema terminológico, no desvirtúan el hecho de que fué la traducción literal del término alemán la que primeramente se introdujo entre nosotros (precisamente en la traducción castellana que hizo ALVAREZ GENDÍN de las *Instituciones* de FLEINER); por lo que tiene ya una tradición y un valor entendido que no podemos desconocer. Por lo demás, el concepto de la «relación general de poder» fué introducido por LABAND, autor que tanto ha influido dentro y fuera de su patria. En la misma doctrina italiana, RANELLETTI empleaba la expresión «rapporto generale di soggezione», como diferente de los «rapporti speciali di soggezione» que está claramente más próxima de la por nosotros empleada que de la que postula ENTERRÍA (*Le garantigie della giustizia nella pubblica Amm.*, 4.<sup>a</sup> ed., 1934, págs. 173 y 174).

(14) FLEINER: *Instituciones...*, cit., pág. 135.

El propio FLEINER explica así los efectos que para el ciudadano implican la sumisión a una relación especial de poder: «Según la conocida fórmula del Estado de Derecho, las limitaciones de la libertad y de la propiedad del ciudadano necesitan un fundamento legal. Esta prescripción ha sido prevenida para la protección de la libertad del ciudadano. Pero esta libertad sería letra muerta si el ciudadano no tuviera de ningún modo la posibilidad de disponer de ella, según su propia voluntad, en sus relaciones con el Estado. Hay casos en que el ciudadano, excediendo los deberes legales, con referencia a una relación concreta de Derecho público en la cual participa como sujeto obligado, puede asumir voluntariamente un deber especial. De este modo, el ciudadano proporciona a la autoridad administrativa la facultad para una intervención que rebasa la medida legal. De todas suertes, la libertad del ciudadano no puede actuar ilimitadamente. La autorización legal que falta a la autoridad adminis-

Lo que interesa subrayar es que los actos administrativos que limitan o afectan situaciones jurídicas de particulares sometidos a una relación especial de poder, tanto si son de carácter general o reglamentario como si tienen carácter concreto, tienen un fundamento distinto a los que se dictan en ejercicio del poder de policía. La conocida distinción, impuesta por la doctrina alemana, entre Reglamentos jurídicos y Reglamentos administrativos, guarda un evidente paralelismo con la cuestión que se acaba de plantear: mientras el Reglamento jurídico se desenvuelve en el ámbito de la relación general de supremacía, el Reglamento administrativo viene a constituir en muchos casos la manifestación típica de una relación especial de poder; por ejemplo, un Reglamento orgánico de un establecimiento público o el que determina el funcionamiento de un cierto servicio público (15).

---

trativa para un acto administrativo no puede ser suplida, de un modo general, por la sumisión voluntaria del ciudadano o por su consentimiento contractual. La aceptación voluntaria de deberes públicos tiene una zona de validez muy limitada, y es admisible solamente en los casos en que el legislador ha regulado expresamente las condiciones necesarias de esta aceptación o, independientemente de ésta, cuando se trate de una restricción gubernativa de la libertad o propiedad del particular. En este último caso, y con motivo de la reglamentación de una relación jurídica concreta, sobre todo al solicitar la concesión de una licencia gubernativa, el ciudadano puede sufrir voluntariamente una restricción gubernativa de su libertad, que exceda de la medida legal, con el propósito de asegurarse por otra parte libertad de movimientos para la formación de esta relación jurídica en el sentido de su deseo» (op. cit., pág. 137).

(15) FORSTHOFF afirma expresamente que los reglamentos administrativos son «disposiciones dentro del marco de una relación especial de poder». Por otra parte, añade, «la relación especial de poder sólo debe darse por existente cuando hay un círculo de personas perfectamente delimitado—con o sin asiento territorial cerrado—que se halla en una situación particular de dependencia respecto del poder público, ya sobre la base de una norma, ya en virtud de una declaración efectiva y no fingida de la voluntad de cada uno de los interesados» (*Tratado de Derecho administrativo*, trad. española, 1958, págs. 201 y 202).

Lo que se dice en el texto queda perfectamente aclarado si acudimos a un ejemplo: un reglamento que establezca las reglas de circulación en las carreteras españolas, será un reglamento de policía, cuyo fundamento está en el deber general de sumisión de los ciudadanos frente al ejercicio del poder reglamentario, cuando éste se realiza dentro de los límites legales; en cambio, un reglamento relativo al funcionamiento y uso de los ferrocarriles del Estado, es un reglamento de servicio cuyo fundamento está, frente a los funcionarios y empleados ferroviarios, en el poder jerárquico de la Administración (y si se tratase de un servicio concedido, en los poderes propios de la concesión) y, frente a los usuarios, en la también relación especial de poder a la que se someten voluntariamente al pretender el uso de este servicio. En este último



Teniendo en cuenta la inmensa zona que la actividad de prestación de servicios públicos representa en el total panorama de la actividad de la Administración moderna, FORSTHOFF ha puesto de relieve el peligro que representa considerar como preceptos administrativos internos—y, por tanto, de imposible fiscalización jurisdiccional—los Reglamentos dictados dentro de una relación especial de poder (16). Por cuanto a nuestro Derecho se refiere, ciertamente la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente el carácter discrecional de los reglamentos sobre la organización de un servicio público (17); pero, una vez establecido el Reglamento, la Administración habrá de ajustar a él, naturalmente, su actuación concreta.

### C) *Los límites del poder de policía.*

La vieja cuestión de los límites en el ejercicio del poder de policía que pudo tener una importancia fundamental, aunque parezca paradójico, en la etapa del Estado-policía, pierde la justificación de un planteamiento autónomo una vez que la actividad de policía se incrusta en el Estado de Derecho como un aspecto más de la acción estatal. Son entonces los propios principios generales que limitan la actividad administrativa los que tienen aquí también su vigencia. Así, y antes que ningún otro, el principio de que toda actividad administrativa de injerencia en la libertad y propiedad de los particulares necesita un fundamento legal, es decir, la existencia de una norma jurídica con rango de Ley formal que atribuya a la Administración los poderes necesarios para realizar tal injerencia.

Ni siquiera el argumento de la amplia discrecionalidad que la Administración maneja en el uso de los poderes de policía tiene valor en contra de la anterior afirmación. Pues también sería de aplicar aquí la teoría general sobre la discrecionalidad administrativa, de acuerdo con la cual hoy día carece de sentido oponer actos discrecionales *en bloque*

caso podrían desaparecer ciertos reparos derivados del respeto a la libertad individual, por aplicación del principio *volenti non fit injuria*.

(16) Op. cit., pág. 190.

(17) Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1936 y 3 de junio de 1936. Por lo demás ésta era la aplicación obligada del artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 1894 que declaraba de carácter discrecional de las disposiciones sobre organización de los servicios generales del Estado.

a actos totalmente reglados: en un mismo acto administrativo pueden coexistir los elementos reglados con los discrecionales (18). En cualquier caso la doctrina moderna admite que el *fin* del acto administrativo siempre viene impuesto por la Ley (el interés público), por lo que en esta materia no cabe discrecionalidad. Esta afirmación es rigurosamente aplicable a la policía administrativa.

Con todo, pudiera ser conveniente, supuesta la peculiaridad de esta materia, y, sobre todo, los medios excepcionales de que a veces la Administración dispone (que pueden llegar hasta el empleo de la fuerza física), recordar los criterios que, según la doctrina, pueden servir de medida al uso de los poderes de policía (19):

1.º Toda medida de policía tiende a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas (20). De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto están los Tribunales de Justicia (21).

2.º La policía sólo debe adoptar las medidas necesarias para la conservación y seguridad del orden público. Como ha observado FLEINER, la adopción del remedio más enérgico—de entre los varios posi-

(18) Cfr. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 1958, páginas 394 y sigs.

(19) Vid. ENTRENA CUESTA: *Apuntes...*, cit., págs. 24 y sigs.

(20) No siempre resulta fácil saber donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. Los ruidos que se producen en una casa particular pueden plantear una cuestión de orden público desde el momento en que trasciendan al exterior y molesten a los vecinos. Sin embargo, FLEINER recuerda una sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Prusia, de 3 de diciembre de 1925, que declaró que la autoridad gubernativa no puede prohibir, en interés de los vecinos, que en una casa de alquiler situada en un barrio industrial se cosa a máquina a las diez de la noche (op. cit., pág. 320). Este mismo autor plantea la duda de hasta qué punto puede ser un límite a la policía la protección del individuo contra sí mismo: por ejemplo, prohibiendo a un trapeicista que realice determinados ejercicios peligrosos. A nuestro juicio, no hay duda de que aquí hay una cuestión de orden público.

(21) FLEINER: op. cit., pág. 321. La cuestión se presenta dudosa en relación con ciertas reglamentaciones que pesan específicamente sobre quienes prestan una actividad de interés público sometida a previa autorización, como ocurre en el caso del servicio de taxis. Frente a la tesis de quienes, como FRANCHINI, entiendan que aquí se da una relación de sujeción especial, ha reaccionado ENTRENA CUESTA (en *El servicio de taxis*, «R. A. P.», núm. 27, sept.-dic. de 1958, págs. 52 y 53), explicando que el acto de autorización juega aquí como acto-condición que coloca al autorizado bajo el imperio del estatuto general que para reglar la actividad de que se trata ha sido dictado en virtud de los poderes de policía de que la Administración dispone.

bles—ha de ser siempre la *última ratio* de la policía, de donde la regla de la *proporcionalidad* de la medida en atención a las circunstancias. Nuestro Derecho positivo ha consagrado esta misma exigencia en relación con la actividad interventora de las Corporaciones locales (22).

3.º Asimismo debe recordarse especialmente en esta materia la regla, por otra parte general a toda la actividad administrativa, de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (23):

4.º Finalmente, la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos (24).

### III. LOS MEDIOS DE LA POLICÍA.

Antes de que el actual sistema de Derecho administrativo estuviese totalmente elaborado, el Derecho de policía tenía un tratamiento autónomo que justificaba un planteamiento igualmente independiente (es decir, sin conexión con otras zonas jurídico-administrativas) y exhaustivo de los distintos temas constitutivos de su problemática. Empero, cuando la teoría de la policía viene a ser absorbida por la teoría general del Derecho administrativo, sus distintos temas pierden necesariamente sustantividad al convertirse en partes comunes de las otras zonas de la disciplina jurídica de la actividad administrativa.

Es esto lo que ocurre muy particularmente al tratar de los medios de la policía, ya que cada uno de ellos ha sido, más o menos intensamente, estudiado en alguno de los otros capítulos que constituyen la parte general del Derecho administrativo. Así ocurre, por ejemplo, con la reglamentación o con las autorizaciones y licencias, conceptos a los que se hace obligada referencia al estudiar la teoría del acto admi-

(22) Artículo 6.º del Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre Obras y Servicios locales: «1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen.—2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.»

(23) ENTRÉNA CUESTA: *Apuntes...*, cit., pág. 24. El artículo 21 del Reglamento últimamente citado, dice así: «La intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley.»

(24) FLEINER señala que este principio es violado cuando la policía, por ejemplo, ordena quitar a un comerciante los objetos expuestos en los escaparates, so pretexto de que tal exposición atrae a numerosos curiosos que impiden la libre circulación por la acera (op. cit., pág. 323).

nistrativo, pues no son otra cosa sino especies de actos administrativos. Otro tanto ocurre con la teoría de la coacción administrativa, que si bien es típica en materia de policía—pues, como aquí se ha dicho, la policía no es otra cosa sino una forma de intervencionismo administrativo *por vía de coacción*—, también suele ser estudiada, en términos generales, en el capítulo relativo a la ejecutoriedad del acto administrativo y la acción de oficio. Ténganse en cuenta estas observaciones preliminares en relación con lo que sigue.

A) *La reglamentación de policía; autorizaciones, órdenes y prohibiciones.*

Los presupuestos de la actividad de policía determinan que la idea de reglamentación previa sea consustancial a la noción de la policía. Dado el principio jurídico fundamental que consagra en el Estado de Derecho la libre esfera de la libertad y propiedad de los particulares, toda limitación en este campo ha de tener su base en una Ley. Esta primera reglamentación con rango de Ley formal es la que legitima toda ulterior actividad policial: mediante ella se sustituye lo que pudiésemos llamar situación de «libertad natural» (*status libertatis*) del ciudadano por una situación reglamentada.

Pero ocurre que, por consecuencia de esta normativa legal, la Administración queda habilitada para realizar por vía complementaria (25) la concreción de las limitaciones previstas en la Ley. Esta concreción ha de realizarse necesariamente por vía reglamentaria cuando la Ley se limita a verificar una atribución genérica de competencia dentro de determinados límites.

La aplicación del principio de la legalidad a la materia concreta que nos ocupa nos exige insistir en la regla de que el Reglamento de policía no puede establecer limitaciones no previstas en la Ley que confiere la potestad.

Una vez establecida la reglamentación (originaria o complementaria) de una determinada materia, surge la posibilidad de las actuaciones

(25) ALESSI se ha referido, con carácter general, a la «naturaleza necesariamente complementaria del mandato administrativo» (*Sistema istituzionale di Diritto amministrativo*, 1953, pág. 150). Este principio tiene, desde luego, una especial aplicación al campo de la policía administrativa.

policiales concretas. En materia de policía no son posibles las actuaciones administrativas concretas si éstas no tienen su apoyo inmediato en una reglamentación previa que las legitime (26).

(26) FÉNET: *La réglementation préalable a la decision individuelle*. Paris, 1937. En esta cuestión está indudablemente implicado el problema de la situación de la Administración con respecto a la Ley, que en otro lugar (vol. I de nuestro *Tratado*, páginas 206 y 211) hemos resuelto afirmando: 1) La iniciativa propia de que la Administración dispone para actuar en orden a la satisfacción de las necesidades públicas incluso en defecto de ley que expresamente habilite tal actuación. 2) La posible existencia de esferas individuales protegidas por la ley frente a las injerencias administrativas y de las que derivan, así, otros tantos principios prohibitivos de actuación.

Con posterioridad se ha publicado un trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, en «R. A. P.», número 27, sept.-dic., 1958, págs. 63 y sgs.), donde se mantiene con nuevos bríos la conocida tesis (por otra parte ya con cierto arraigo en la moderna doctrina española) de la necesidad de la ley como presupuesto habilitante para la actuación administrativa, llegándose a hacer la afirmación de que «el principio de la *positive Bindung* de la Administración a la ley, es hoy dogmática y ya virtualmente indiscutible» (loc. cit., página 78). Claro es que como GARCÍA DE ENTERRÍA no puede dejar de admitir la evidencia de la «variedad de posiciones de la Administración respecto de la ley» que se manifiesta, aunque no fuera más que en esto, en el carácter unas veces reglado y otras discrecional de las facultades que ejercita, corrige a renglón seguido el carácter enfático de tal afirmación con esta más moderada: «...frente a lo que es propio, en general, de los sujetos privados, parece que puede establecerse que la Administración no puede obrar sin que el *ordenamiento expresamente* lo autorice» (loc. cit., pág. 79; los subrayados son míos). En cualquier caso, la anterior idea se completa con esta otra: «Al margen de la Ley no hay discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento» (loc. cit., pág. 80).

De lo que se ha citado parece desprenderse que, de las dos tesis antagónicas que combaten en esta materia, el autor ha optado decididamente por una de ellas: la que exige la habilitación legal *expresa* previa a toda actuación administrativa. Y así lo creeríamos ciertamente si no fuese porque el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, con sus ulteriores argumentos, deja su adhesión a tal tesis en tan poca cosa que más parece un pase con armas y equipo al enemigo. En efecto, en primer lugar, comienza por admitir que la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico a la Administración puede ser en forma expresa o *implícita* (lo cual choca con el término *expresamente*, que antes hemos subrayado); a continuación, acepta la teoría de los «poderes inherentes» de la Administración con base en la doctrina institucionalista de ROMANO y en alguna expresa cita de MEYER-ANSCHÜTZ («Die Befugnis zum Handeln kann auch in der *allgemeinen Rechtsstellung* der Verwaltung begründet sein»), que parece gentilmente brindada por el autor como argumento *a contrario*. Pues cabalmente es la posición jurídica general que la Administración ocupa en el Estado moderno (o, al menos, en muchos de los sistemas vigentes), y que se da por supuesta, la que hace posible mantener la licitud de la iniciativa administrativa incluso cuando falta ley *expresa* de habilitación (y salvo que se trate de materia en que rija un principio prohibitivo). La

Las especies concretas de actos administrativos más utilizados en el terreno de la policía son las autorizaciones y las órdenes y prohibiciones.

explicación de todo está en que GARCÍA DE ENTERRÍA mezcla indistintamente dos problemas: el de la postura de la Administración (es decir, de *toda* la actuación administrativa, por vía reglamentaria o singular) frente a la Ley (formal), con el de la necesidad o no del reglamento administrativo (o de la Ley formal) previo de la actuación administrativa por vía singular. Con respecto al primero, hay que repetir que ya en otras ocasiones hemos mantenido la siguiente tesis: que, en defecto de la ley expresa, la Administración está habilitada para actuar, salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo. Por lo demás, éste es el único punto de vista susceptible de rendir un positivo servicio práctico al jurista, a la Administración y a los Tribunales, sin que la reiterada subordinación de la Administración al ordenamiento jurídico que postula nuestra vigente Ley de lo Contencioso-administrativo signifique, naturalmente, argumento en contra.

Ahora bien, repetidamente hemos hablado de materias en las que existe un principio prohibitivo. Son aquellos derechos de los particulares protegidos, por ejemplo, por una declaración constitucional (*entre nosotros, por el Fuero de los Españoles*). La posibilidad de una actividad administrativa que los limite exige entonces ciertamente de una habilitación legal: éste es el significado de tales consagraciones constitucionales de derechos que, desde la perspectiva de la tesis que combatimos, carcerian de sentido. Y precisamente aquí está el terreno propio de la policía administrativa, no obstante la discrecionalidad que, *paradójicamente*, de ella se predica, aclarándose entonces el fundamento de la doble regla que en el texto se ha mantenido: 1) Que la limitación ha de estar autorizada por una ley. 2) Que la actuación concreta policial exige una previa reglamentación (legal o impuesta por la propia Administración) habilitante.

Respecto del principio del «reglamento previo», también se han de hacer algunas advertencias. Desde luego hay materias en las que el principio es absolutamente indiscutible: en general, en cuantas intervenciones administrativas supongan una invasión de las esferas jurídicas individuales y, especialmente por tanto, en materia de policía. Pero esto no obsta a que se puedan encontrar otros casos en que una actuación singular administrativa, en materia no previamente reglamentada, sea posible e incluso necesaria. Se nos ocurren los siguientes ejemplos: a) Creación por el Departamento ministerial correspondiente de un centro de enseñanza experimental no previsto en ninguna de las vigentes leyes sobre los distintos grados de enseñanza (supuesta la posibilidad financiera de esta actuación, negamos desde ahora la posible objeción fundada en el pretendido carácter reglamentario de tal acto que, desde luego, es singular); b) Autorización singular a un particular para utilizar una dependencia del dominio público cuyo uso no esté ni prohibido ni reglamentado; c) Nombramiento o destitución de un funcionario interino (supuesto que el Derecho vigente no contenga una prohibición en contra): ni una ni otra cosa suele estar prevista reglamentariamente. Claro es que si se nos dice que todo esto es posible en virtud de los «poderes inherentes» o de la «situación jurídica general que la Administración ocupa», entonces lo que ocurre es que dicha tesis coincide sustancialmente con la que defendemos y que se basa en la «propia iniciativa de que la Administración dispone de acuerdo con el juego de los poderes en el actual Estado de Derecho», lo que quiere decir que el esfuerzo desplegado por

a) *Las autorizaciones.*—De las reglamentaciones de policía se desprenden dos tipos de prohibiciones: unas con carácter absoluto, en el sentido de que niegan al particular toda posibilidad de hacer o actuar en un determinado sentido, incluso previendo normalmente para el caso de que la transgresión del precepto legal o reglamentario se produzca, una intervención policial de carácter represivo; otras prohibiciones, en cambio, no tienen sino un carácter relativo, pues en relación con la actividad de que se trate, permiten a la policía que examine y aprecie las circunstancias que se dan y, en su caso, que remueva los obstáculos que para el particular derivaban de la reglamentación establecida. Esta es, cabalmente, la técnica de las autorizaciones. Se trata, por tanto, de una técnica que repugnaba, hasta cierto punto, al Estado de Derecho liberal, pero que deviene rasgo típico del Estado intervencionista de nuestros días (27). Cada vez más los derechos individuales que se con-

---

la corriente doctrinal que discutimos ha resultado rigurosamente inútil. Y ciertamente que esta parece ser la impresión que se toma al llegar a este punto de la polémica: que las opuestas tesis que se mantienen se refieren a problemas distintos, pues mientras que la doctrina de la *negative Bindung* se refiere—y en tal sentido es correcta—al problema de la posición de la Administración respecto de la Ley formal, en cambio la de la *positive Bindung* (al menos tal como es enderezada por GARCÍA DE ENTERRÍA al final de su trabajo) se refiere al problema de la reglamentación previa como condicionante de la actuación administrativa singular.

Por lo demás, la tesis central del citado trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA tiende a explicar el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos desde la perspectiva del principio general de la legalidad de la Administración. Contra esto nada tenemos que oponer, pues precisamente es lo que hemos mantenido (y, que sepamos, por primera vez en la doctrina española) en nuestras obras *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 4, y *Tratado de Derecho administrativo*, volumen I, 1958, págs. 200 y 201. Según allí hemos sentado, el principio de la legalidad se articula en las tres reglas siguientes: 1.ª Sumisión de los actos (generales y singulares) de la Administración a la ley formal, que deriva de la estructura política, de la separación de poderes. 2.ª Sumisión de los actos-regla de los Organos administrativos inferiores a los de los superiores, que deriva de la estructura jerárquica de la Administración. 3.ª Sumisión de los actos administrativos singulares (cualquiera que sea el órgano que los dicte) a los actos-regla generales, que deriva de la estructura interna de unos y otros actos administrativos, pues la generalidad postula (cuando el reglamento se ha dictado por el organismo competente para ello) la vinculatoriedad de cuantos actos concretos se dicten en la materia de su ámbito.

(27) El Estado liberal prefiere el sistema puramente represivo. Las leyes pueden determinar los límites al ejercicio de una determinada libertad; pero la adecuación a tales límites sólo se constata por vía represiva, esto es, exigiendo la responsabilidad pertinente (normalmente de tipo penal, estando excluida la administrativa) al infractor. En estos principios se inspira la legislación liberal de prensa; frente a ella el sistema

sagran en las nuevas Constituciones y Leyes Fundamentales son derechos condicionados en su ejercicio a una reglamentación previa que acarrea un *consiguiente sistema* de autorizaciones administrativas (28). Esta afirmación es especialmente válida en relación con el derecho de propiedad (29).

Ciertamente que la autorización o permiso es una especie de acto administrativo utilizable en campos distintos del policial (30). Pero es aquí cabalmente donde su utilización adquiere una especial relevancia. Puesto que son muchos los derechos individuales cuyo ejercicio depende de autorizaciones de policía, éstas adquieren una gran variedad de contenido. Si en una materia determinada el principio general es el de la libertad sin restricciones, o el de la necesidad de la autorización previa, es cuestión que habrá de resolverse de acuerdo con el Derecho positivo (31). En cualquier caso—como antes se advirtió—es siempre necesaria la existencia previa de una reglamentación (32).

La autorización de policía, a diferencia de lo que ocurre con la concesión (33), no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado,

---

intervencionista admite la institución de la censura *previa* que (al igual que la censura cinematográfica) no es sino un caso de autorización gubernativa.

(28) Es significativo, en este sentido, el artículo 34 del Fuero de los Españoles: «Las Cortes votarán las leyes *necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero*». Igualmente al declararse otros derechos (como, por ejemplo, los de reunión y asociación reconocidos en el artículo 16) se señala la limitación «de acuerdo con lo establecido *por las Leyes*». Realmente aquí nos encontramos con el principio de la reglamentación previa, pero vuelto del revés. Tal reglamentación (legal) es necesaria, pero no para legitimar la actuación administrativa concreta, sino el ejercicio del derecho del particular.

(29) Recuérdese el conjunto de limitaciones que se contienen en la Ley sobre el Régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956.

(30) Nos remitimos a cuanto hemos dejado dicho a tal respecto en el vol. I, págs. 408 y sigs., de nuestro *Tratado*.

(31) Como antes se ha observado, lo cierto es que cada vez son más las materias sometidas a la necesidad de previa licencia. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales declara en su artículo 22, 1: «Estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles.»

(32) Artículo 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales: «Las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general.»

(33) Vid. vol. I, pág. 482, de nuestro *Tratado*.

La más frecuente utilización de la doctrina del silencio administrativo *positivo* se produce precisamente en el campo de las autorizaciones de policía. Porque se trata de autorizar el ejercicio de un derecho *subjetivo* que ya existe anteriormente, no re-



sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico. A pesar de que esto parece representar una sólida base de partida, en esta materia no pueden establecerse reglas, ni en cuanto a la cuestión de si el particular sometido a la potestad de autorización tiene o no un derecho subjetivo a obtenerla, ni en cuanto a si la licencia obtenida es o no transmisible, ni en cuanto, finalmente, a si el particular autorizado puede oponerse a su revocación.

Por lo que se refiere a la primera cuestión planteada, es cierto que la autoridad administrativa no tiene poderes arbitrarios para conceder o negar una autorización policial. Esto, por otra parte, no representa ninguna novedad en el Estado de Derecho, donde cabalmente la arbitrariedad ha intentado ser suprimida. Pero lo que se trata de saber es el tipo de poderes que la Administración posee para comprobar las circunstancias que en la reglamentación previa se contengan como condicionantes de cualquier autorización. En este sentido puede advertirse que mientras en unos casos las facultades de la policía administrativa se limitan a la comprobación de determinadas circunstancias fácticas y predeterminables (34), en cambio en otros suponen auténticos poderes de apreciación, de tipo discrecional, frente a los que no cabe esgrimir en vía jurisdiccional un derecho subjetivo. Frente a la afirmación de alguna parte de la doctrina (35), sería miope negar el ancho margen de discrecionalidad en el uso de los poderes de censura previa en materia de cinematografía, teatro o prensa que hoy posee la Administración pública. La existencia de un derecho previo en el administrado—pre-

---

pugna la idea de que se interprete la pasividad administrativa en el sentido de aquiescencia. Es lo que hace el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales en su artículo 9.º, 1, párrafo 7.º, apartados a) y c), en relación con las peticiones de licencia de parcelación, construcción de inmuebles, realización de obras o instalaciones menores, y apertura de toda clase de establecimientos. En cambio sería disparatado aplicar el silencio positivo al campo de las concesiones administrativas (cfr. sobre este punto, vol. I, págs. 406 y sigs., de nuestro *Tratado*).

(34) Por ejemplo, determinar las distancias existentes a los efectos de autorizar la apertura de una nueva farmacia. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1957 ha reconocido el carácter reglado de las licencias municipales para apertura de establecimientos.

(35) FLEINER parece dar pie a una interpretación en este sentido al afirmar que «el otorgamiento de una licencia gubernativa no depende de la libre voluntad de la autoridad» y que «el ciudadano tiene un derecho subjetivo a la licencia» (op. cit., pág. 327).

cisamente aquel cuyo ejercicio se trata de autorizar—no debe confundirse con la existencia de un derecho subjetivo a obtener la licencia, pues frente a la potestad discrecional de la Administración sólo se dan intereses legítimos o derechos condicionados (36).

La segunda cuestión, esto es, la de si las autorizaciones o licencias son transmisibles, debe de resolverse, según FLEINER, de acuerdo también con los criterios básicos antes señalados: puesto que la licencia no genera ningún derecho subjetivo nuevo, no tiene sentido hablar de su transmisibilidad (37). Sin embargo, esta afirmación no puede hacerse con carácter absoluto. La autorización administrativa, es cierto, supone a veces la comprobación previa de ciertos requisitos de idoneidad en la persona autorizada (así ocurre con el permiso para tener armas de fuego o para conducir vehículos automóviles), y entonces se concede *intuitu personae*, sin posibilidad de ulterior transmisión entre particulares (38); pero en otras ocasiones en que la autorización está condicionada a la existencia de circunstancias objetivas, ajenas al sujeto autorizado, termina por incorporarse a la actividad y, en cuanto ésta tenga de transmisible, también será transmisible la autorización (39). La posibilidad teórica de estas antitéticas soluciones determina igualmente la variabilidad y poca precisión de que adolecen—cuando los hay—los preceptos del Derecho positivo (40).

Por otra parte, tanto si la licencia es transmisible como si no lo es, sus efectos jurídicos sólo producen una relación jurídico-administrativa entre la Administración y el particular autorizado, sin que afecten a la situación jurídico-privada de éste ni de terceros (41); pero como sí es

(36) Vid. vol. I, págs. 341 y sigs., de nuestro *Tratado*.

(37) FLEINER: *op. cit.*, pág. 329.

(38) Nadie puede vender ni regalar su permiso de conducir o de llevar armas.

(39) Los derechos sobre una película cinematográfica cuya proyección haya sido autorizada por la censura, son transmisibles entre particulares, sin que por ello el carácter de autorizada se pierda.

(40) Artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales: «1. Las licencias relativas a las condiciones de una obra, instalación o servicio serán transmisibles, pero el antiguo y nuevo constructor deberán comunicarlo por escrito a la Corporación, sin lo cual quedarán ambos sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular.—2. Las licencias concernientes a las cualidades de un sujeto o al ejercicio de actividades sobre bienes de dominio público serán o no transmisibles, según se prevea reglamentariamente, o, en su defecto, al otorgarlas.—3. No serán transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables fuere limitado.»

(41) Artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales: «1. Las

posible que intereses legítimos de tales terceros—por ejemplo, de los autorizados previamente para el ejercicio de la misma actividad de que ahora se trate—se vean afectados por el otorgamiento de una nueva licencia, se prescribe, con frecuencia, el procedimiento contradictorio para su otorgamiento (42).

Finalmente, por lo que se refiere a la posibilidad de retirar licencias o autorizaciones previamente concedidas, habrá que estar a lo que la teoría general de los actos administrativos determina para estos casos. Así es que si la retirada se realiza por razones de legalidad, la potestad anulatoria de la Administración pública será distinta según que la autorización adolezca de un vicio de nulidad absoluta (43), de manifiesta ilegalidad (44) o de simple ilegalidad (45). Tratándose, en cambio, de una revocación, el acto de *contrario imperio* podrá realizarse sin duda alguna por consecuencia de un cambio por vía legal o reglamentaria de las condiciones y requisitos para el ejercicio de la actividad autorizada (46), y cuando la autorización se hubiese concedido a precario. En

---

autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero.—2. No podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades.»

En el mismo sentido el artículo 10 del propio Reglamento prescribe: «Los actos de las Corporaciones locales por los que se intervenga la acción de los administrados producirán efectos entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste y las demás personas.»

(42) El otorgamiento de autorizaciones para apertura de nuevas farmacias da lugar a un expediente en el que pueden intervenir, oponiéndose a la autorización, los farmacéuticos que se consideren afectados.

(43) Artículo 109 de la Ley de Procedimiento administrativo: «La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47.» Vid. vol. I, pág. 431 de nuestro *Tratado*.

Artículo 16, 2, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales: «Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente.» Pero en este caso la anulación comporta «el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren» (artículo 16, 3).

(44) Artículo 110 de la Ley de Procedimiento: «1. La Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo cuando dichos actos infrinjan *manifiestamente* la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados.»

(45) Artículo 110, 2: «En los demás casos, para conseguir la anulación de dichos actos, la Administración deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

(46) Por ejemplo, si se establecen por vía general nuevos requisitos de idoneidad

cambio, los derechos adquiridos pueden ser un límite a la revocación, al menos en cuanto puedan condicionarla al reconocimiento de una indemnización (47).

b) *Los mandatos y prohibiciones.*—Así como las autorizaciones son el corolario obligado de la técnica de las prohibiciones relativas que se utiliza en ciertas reglamentaciones policiales, los mandatos administrativos concretos presuponen, como requisito de legitimidad, la existencia de una tal reglamentación (48).

De la reglamentación previa pueden surgir para el administrado obligaciones jurídicas concretas o una situación genérica de sujeción (49), correlativa a la potestad de mando que a la Administración se confiere (50).

exigibles a los conductores de automóviles, procede la revocación de los permisos de conducir anteriormente otorgados si sus titulares no reúnen los nuevos requisitos.

(47) Artículo 112 de la Ley de Procedimiento administrativo: «Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.»

Artículo 16, 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales: «La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación... comportará el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaron.»

(48) Nos remitimos a cuanto antes se dijo sobre el principio de la reglamentación previa y del «reglamento interpuesto». Una aplicación de este último principio se encuentra, por ejemplo, en FLEINER quien afirma: «Cuando ha sido transferida a la autoridad administrativa la atribución de regular cierta materia por vía reglamentaria, no se puede sustituir el Reglamento por órdenes singulares para disponer lo preciso en cada caso, porque la igualdad jurídica está garantizada solamente por la regulación general abstracta. Se intenta eludir este principio cuando la autoridad delegada se limita a dictar un Decreto en el cual se estipula que lo que haya de tener vigor será fijado en cada caso por una orden particular» (op. cit., pág. 111).

(49) MIELE define así estos estados de sujeción: «Sujeción es el estado (pasivo) de un sujeto o de más sujetos, consistente en la imposibilidad jurídica de sustraerse a las consecuencias desfavorables que han sido impuestas por el Derecho al ejercicio de un poder jurídico de otro, o de más poderes jurídicos de otros que tengan en común la finalidad para que han sido concedidos» (*Principi di Diritto amministrativo*, Pisa, 1945, pág. 63).

(50) La potestad administrativa de dictar órdenes ha sido definida por GALATERIA como «una voluntad prevalente de un sujeto activo dirigida a imponer a otro sujeto obligaciones inmediatas y dirigidas a la facultad de resolver un conflicto de intereses» (*Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, pág. 7). Añade que esta potestad tiene siempre un carácter innovativo (op. cit., pág. 12); pero esta nota es discutible sobre todo en relación con las órdenes administrativas que no tienen un carácter estrictamente policial, sino que se limitan a concretar en relación con persona determinada deberes genéricos de prestación (personal o real) impuestos por las leyes: por ejemplo, la orden que exige el pago de una contribución impuesta por la Ley.

En el ejercicio de esta potestad la Administración actúa a través de mandatos positivos y prohibiciones.

El mandato positivo de hacer se da sin duda alguna en la esfera de la policía administrativa, y normalmente supone el requerimiento a un particular para que cumpla con una obligación previamente establecida por vía general, o soporte (*pati*) una actuación administrativa en la esfera de su libertad personal o patrimonial: por ejemplo, la orden que se dirige a un propietario urbano para que cumpla con la obligación de revocar la fachada de su edificio, o la orden de vacunación obligatoria a determinadas personas. Estos mandatos suelen ir acompañados de una amenaza de sanción (51).

Pero la orden concreta de policía adopta con mucha más frecuencia la forma de una prohibición. Ello es perfectamente comprensible si de nuevo recordamos que siempre hay una reglamentación previa de tipo limitativo, es decir, que establece prohibiciones absolutas y relativas, de donde se deriva la necesidad de actualizarlas por vía concreta; por ejemplo, la orden de cierre de un establecimiento que no está debidamente autorizado o que funciona fuera de las condiciones que en la autorización se impusieron.

(51) GALATERIA define así la orden administrativa: «Una declaración de voluntad emitida por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de la potestad administrativa ordinaria, dirigida a imponer a un sujeto pasivo obligaciones inmediatas y directas, previa la conminación de una medida jurídica en caso de desobediencia» (op. cit., pág. 68). Lo característico de esta definición está en que, para GALATERIA, la orden administrativa requiere siempre la intervención de la voluntad del sujeto pasivo, es decir, del obligado por la orden. No caben, por tanto, en este concepto algunos de los supuestos que señalamos en el texto, como requerir individualmente al propietario de una casa para que revoque la fachada, cuando ya estaba obligado a ello por una ordenanza municipal. En relación con tales supuestos la opinión de GALATERIA se resume en la siguiente observación: «Ordenar en efecto al condenado a muerte que sufra la pena o al expropiado la expropiación, resultaría tan inútil como ordenar a una piedra que caiga después de haberla arrojado» (op. cit., pág. 66). Ahora bien, si se acepta este punto de vista hay que terminar por negar la posibilidad de las órdenes positivas de hacer en el campo de la policía administrativa, pues siempre la obligación cuyo cumplimiento se exige ha debido establecerse previamente por vía general. Lo que ocurre es que muchas veces el mandato general exige ser concretado, aclarado o, incluso, simplemente recordado en el caso concreto.

Por lo demás, en la enumeración de órdenes positivas o mandatos que realiza GALATERIA (op. cit., págs. 181 y 182) no hay propiamente mandatos de policía, sino que son consecuencia de deberes de prestación del administrado. En cambio, al referirse a las prohibiciones que suponen una obligación de soportar (*pati*), alude a la orden de sufrir la vacunación antivariólica (op. cit., pág. 184). Ya hemos visto que, para nosotros, esto no es una prohibición, sino un mandato positivo de policía.

B) *La coacción.*

La coacción policial no es sino la acción de oficio en materia de policía administrativa. Consiste, pues, en una actuación de tipo material agresiva desde el punto de vista de los derechos de los particulares y sometida, por tanto, al principio que se contiene en el artículo 100 de la Ley de Procedimiento administrativo: «La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.» La legitimación de toda actuación material está, pues, en un acto administrativo previo. A requerimiento del particular interesado, el órgano administrativo que trate de llevar a cabo la ejecución material está obligado a comunicar por escrito aquel acto administrativo que sirve de fundamento jurídico (art. 100, 2).

Lo que nos interesa ahora subrayar es cuáles de los medios de ejecución forzosa del acto administrativo que con carácter general permite la Ley son peculiares de la policía. Tales medios son los siguientes, de acuerdo con el artículo 104 de la Ley de Procedimiento administrativo: a) apremio sobre el patrimonio; b) ejecución subsidiaria; c) multa coercitiva, y d) compulsión sobre las personas (52).

Salvo el primero de los indicados (pues el apremio es una vía coactiva de que la Administración dispone para conseguir el cumplimiento de ciertos deberes de prestación real), los otros tres son indudablemente medios coactivos utilizables por la policía administrativa. Así, con la ejecución subsidiaria o la multa coercitiva se puede conseguir la demolición de una obra construida sin el debido permiso o autorización, y la compulsión podría ser empleada—dentro, claro es, de los debidos límites—para conseguir la vacunación obligatoria de una persona reacia a hacerlo (53).

Con todo, la más típica forma de coacción policial está constituida por el empleo de la fuerza armada. Esta auténtica *última ratio* de la policía encuentra su legitimación cabalmente en la idea de orden público entendida al modo tradicional. De aquí que su empleo se endeerece a impedir aquellas manifestaciones que puedan significar cualquier

(52) Vid. vol. I, pág. 413, de nuestro *Tratado*.

(53) Para el estudio de estos medios coactivos nos remitimos una vez más a lo ya dicho en vol. I, págs. 499 y sigs., de nuestro *Tratado*.

trastorno del orden público y que sea una medida típica de la policía de seguridad. Desde el punto de vista del Derecho español, «el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en el Fuero de los Españoles son fundamento del orden público» (54).

#### IV. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

##### A) *La sanción como medio represivo.*

La coacción administrativa no debe confundirse con la potestad que la Administración tiene de imponer sanciones. Si bien es cierto que puede recurrirse a la vía coactiva para que una sanción se cumpla (55); también es evidente que ésta constituye un medio de la policía admi-

(54) Artículo 1.º de la Ley de Orden público de 28 de julio de 1933 (según la redacción dada por el Decreto de 18 de octubre de 1945). Las facultades de que disponen las autoridades gubernativas para el empleo de la fuerza pública varían—de acuerdo siempre con la Ley de Orden público—según que las circunstancias sean ordinarias o extraordinarias. En este último caso puede ser declarado el estado de prevención, alarma o guerra.

Incluso en circunstancias normales «las agrupaciones de personas que públicamente se produzcan con armas u otros medios de acción violenta serán disueltas por la fuerza pública en cuanto no obedezcan al primer toque de atención que se dé para ello» (artículo 10 de la Ley de Obras Públicas). De la misma forma, cualquier manifestación que carezca de la competente autorización «será disuelta por la fuerza pública si se niega a hacerlo después de los tres toques de atención, dados con la pausa prudencial para permitir que la manifestación se disuelva» (artículo 11). «Cuando en el ejercicio de sus funciones los agentes de la autoridad fueren agredidos con armas o explosivos, podrán hacer uso inmediatamente de la fuerza para defenderse de la agresión o repelerla» (artículo 13).

La sucesiva declaración de los estados de prevención y alarma aumenta los poderes policiales en manos de la autoridad pública. En último extremo, la declaración del estado de guerra supone que la autoridad militar queda encargada del mantenimiento del orden público. «Al hacerse cargo del mando la autoridad militar, publicará los oportunos bandos y edictos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias» (artículo 53). Publicado el bando, serán disueltos los grupos que se hubieren formado empleando la fuerza, si fuese necesario, hasta reducirlos a la obediencia, aprehendiendo a los que no se entreguen (artículo 54).

(55) Por ejemplo, para cobrar una multa impuesta como sanción puede recurrirse al apremio sobre el patrimonio; para hacer sufrir una pena de privación de libertad puede ser necesario emplear la compulsión sobre la persona. Por otra parte, la Ley de Procedimiento declara la compatibilidad entre la multa coactiva y la multa-sanción (artículo 107, 2).

nistrativa de tratamiento independiente. La coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello; la sanción es un medio *represivo* que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido.

### B) *La potestad sancionadora y el Derecho penal.*

Ahora bien, la existencia de estos medios represivos en manos de la Administración ha abierto un debate, cuyo plantamiento ya estaba en MONTESQUIEU («dans l'exercice de la police c'est le magistrat plutôt que la loi qui punit, dans les jugements des crimes c'est plutôt la loi que le magistrat qui punit»), acerca del fundamento de la potestad administrativa sancionadora y de los criterios para su distinción frente a la potestad punitiva ordinaria encomendada a los Tribunales de Justicia. Cabalmente en la existencia de esta potestad administrativa encuentra MERKL el más fenomenal argumento contra quienes pretenden delimitar el concepto de Administración pública a partir de la separación material de las funciones del Estado (56).

Las diversas explicaciones que se han buscado al fenómeno de la coexistencia del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, pueden reconducirse a dos grupos de teorías: 1) las que encuentran una base sustancial a la distinción, por tanto unas razones que justifican la diversidad de competencias y que, en último análisis, patentizan el criterio tenido en cuenta por el legislador, y 2) las teorías formalistas que niegan la posibilidad de cualquier diferenciación montada sobre criterios materiales o, al menos, su improcedencia jurídica.

a) En el primer grupo debe ser incluida la teoría de RANELLETTI, que parte de la distinción entre *leyes penales* y *leyes de policía*. Las primeras castigan las infracciones de ciertas normas que han sido establecidas para tutela *inmediata* del Derecho y que, por tanto, suponen una agresión, ofensa, lesión directa, efectiva o potencial, de un derecho determinado, de un bien jurídico de otros, o sea la infracción de un deber específico (57). En cambio, las leyes de policía castigan infracciones de normas establecidas para la tutela mediata del Derecho, es

(56) MERKL: *Teoría General del Derecho administrativo*, trad. esp., págs. 348 y siguientes.

(57) RANELLETTI: *La polizia di sicurezza*, cit., pág. 289.



decir, como cautelá para evitar posibles ofensas al orden jurídico. Puede decirse de estas normas que miran no al *malum quia malum*, sino al *malum quia prohibitum*. Por eso, en el primer caso se habla de *delitos* y en el segundo de *contravenciones*; aunque unos y otros tienen un doble fin de represión y prevención, en el primer caso se acentúa el fin represivo y en el segundo caso el preventivo (58).

En este grupo podemos incluir igualmente a GIROLA, que utiliza un criterio cuantitativo, pues la sanción representa siempre la tutela de un particular interés y ha de estar lógicamente en proporción con el interés a tutelar. Así, cuando los intereses a tutelar se valoran más intensamente se conminan con una sanción penal (59).

(58) Op. cit., págs. 290 y 291. Observa RANELLETTI que la concomitancia de fines entre penas y sanciones no debe hacernos olvidar los distintos campos en que se desarrollan. El que las contravenciones de policía estén contenidas en leyes es una consecuencia del moderno Estado de Derecho: los ciudadanos encuentran así los límites de su actividad en una Ley y no en la voluntad de un funcionario. Esta legislación forma, pues, el Derecho de policía cuyo fin es determinar el límite de la actividad policiaca (op. cit., pág. 295).

Cierta semejanza con la anterior tiene la doctrina del peligro abstracto o de la desobediencia, de BINDING: lo propio del delito de policía es el peligro abstracto que supone. Por su parte MAYER distingue entre *Kulturnormen* y *Rechtsnormen*: las primeras son típicas emanaciones del espíritu de la colectividad, por lo que los obligados a cumplirlas las conocen perfectamente; en cambio las segundas son simples mandatos del legislador a los súbditos. GOLDSHMIDT parte de la doble posición del hombre en la sociedad: como individuo, que dispone, por tanto, de una voluntad autónoma, y como socio, con voluntad sometida al cumplimiento de los fines sociales. La primera viene limitada por las leyes generales y constitucionales, mientras que la segunda pertenece al campo de los fines de la Administración pública: Delitos administrativos son las contravenciones del ciudadano en su carácter de socio (para un resumen de teorías cfr. ZANOBINI: *Le sanzioni amministrative*, 1924).

(59) GIROLA: *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, en «Riv. Dir. Pubb.», 1929, I, págs. 429 y sigs. Añade este autor que con este criterio se explica el que las penas pecuniarias sean convertibles en penas restrictivas de la libertad personal, lo cual no ocurre en las de naturaleza económico-financiera, pues aquí el legislador se vale de una sanción administrativa pecuniaria que nunca puede convertirse en pena restrictiva de la libertad. La convertibilidad supone el carácter *afflictivo* de la sanción penal (loc. cit., pág. 441). Pero el criterio de la convertibilidad no es aceptable, pues en Derecho español las sanciones gubernativas impuestas por los gobernadores civiles llevan aparejada la amenaza de prisión subsidiaria de acuerdo con el Decreto-ley de 4 de agosto de 1952.

Por lo demás, el criterio cuantitativo, o de la intensidad de la sanción, es el mismo utilizado por una parte de la doctrina penalista para distinguir los delitos de las faltas. Así, en opinión de PACHECO: «La falta es el delito venial. Conviene con aquél en la esencia de su carácter; se distingue de él en la menor importancia de sus resultados.» Este es el criterio aceptado por el vigente Código Penal en orden a la

b) El máximo exponente de las posturas formalistas es MERKL, para quien es una idea quimérica la de pretender diferenciar por su contenido la sanción penal de la administrativa. A veces (por ejemplo, cuando se habla del deshonor que la sanción penal apareja, o de la naturaleza inmoral del hecho que castigan) se echa mano a criterios extra-jurídicos que no importan a la ciencia del Derecho. Sólo el criterio de la *competencia* es admisible para realizar la distinción. Y en cuanto a la cuestión de cuando la Ley debe atribuir la competencia para sancionar una determinada transgresión a unos u otros órganos, pertenece a la política legislativa y no al Derecho (60).

En análogo sentido; aunque menos radicalmente, se pronuncia ZANOBINI, que afirma que no son razones sustanciales, sino históricas, las que explican por qué unas materias han pasado a la competencia de los tribunales y otras han quedado en manos de órganos administrativos. Define la sanción administrativa como «pena en sentido técnico cuya aplicación constituye para la Administración, a la que se refieren los deberes que sanciona, un derecho subjetivo; pero de aquí se deduce, como único criterio práctico, que son sanciones administrativas, y no penales, todas aquellas cuya aplicación está reservada por la Ley a los órganos administrativos (61).

En la doctrina española suele aceptarse el criterio formal. Así, para GASCÓN Y MARÍN el fundamento de las correcciones administrativas es el mismo de la penalidad en general: «Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado, imponiendo sanciones a ciertos hechos que contravienen las disposiciones de la autoridad, y que en lugar de estar sometido el conocimiento de los mismos a las autoridades judiciales lo está

---

distinción de delitos y faltas (vid. F. CASTEJÓN: *Faltas penales, gubernativas y administrativas*. Madrid, 1950, pág. 20).

(60) MERKL: op. cit., pág. 351.

(61) Entre los criterios prácticos que se manejan para lograr la distinción pueden señalarse los siguientes: a) que las sanciones sean impuestas por órganos eminentemente administrativos; b) que consista en el pago de una multa o en la privación de ciertas facultades o derechos (suspensión de ciertas publicaciones o cierre temporal de un establecimiento); c) la sanción administrativa puede alcanzar a personas jurídicas (entidades locales o asociaciones); d) basta el simple dato de la voluntariedad de la acción, sin que se exija dolo ni culpa; la multa administrativa no es convertible en prisión (aunque, por lo que se refiere al Derecho español, nos remitimos a lo dicho en nota anterior), pero se transfiere a los herederos, etc. (ZANOBINI: *Le sanzioni...*, cit., págs. 34 y sigs.).

a las autoridades que tienen a su cargo la función de policía o que figuran como superiores jerárquicos de otros funcionarios» (62).

c) Como en la mayoría de las discusiones de este tipo, hemos de reconocer el valor determinante que el punto de vista formal tiene también en esta ocasión. En efecto, si el jurista quiere saber, a la vista de nuestro Ordenamiento positivo, si se encuentra ante una sanción penal o administrativa, habrá de atender ante todo al tipo de órgano a cuyo conocimiento se ha atribuido: frente a esto, cualquier discrepancia que le pudiese producir el examen concreto de la cuestión no tendría otro valor que el de una simple opinión personal.

Empero, hay que reconocer que en cada caso que se han atribuido a la Administración facultades sancionadoras el legislador no ha procedido por puro arbitrio, sino de acuerdo con un criterio que evidencia el nexo común que una todos estos supuestos. Y en la materia que se trata este nexo no puede ser otro que el hecho de que la sanción se imponga precisamente para reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomendado a la Administración. La configuración de la Administración como un poder *jurídico* (y en tal sentido auto-suficiente) postula esta potestad sancionadora. Su fundamento es paralelo al que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos: ni la Administración tiene que recurrir a los tribunales civiles ordinarios, ni tampoco a los tribunales de la jurisdicción penal (63).

La cuestión de límites se completa si se advierte que dentro del campo que actualmente cubre el Derecho penal se encuentra el capítulo relativo a las «faltas penales» (64), cuya diferenciación de los delitos se ha realizado frecuentemente utilizando argumentos análogos a los que más atrás se han referido para distinguir el orden penal del orden administrativo sancionador (65). Pero, por lo que se refiere a este aspecto de la cuestión, también hay que tener en cuenta que está muy ex-

(62) *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, 1941, pág. 203.

(63) Esto no obsta a que en ciertos casos—particularmente cuando se quiere reforzar la defensa del bien jurídico a proteger—la orden penal venga a incidir en materias simultáneamente administrativas.

(64) Recogidas, por lo que se refiere a nuestro Ordenamiento positivo, en el libro III del Código Penal.

(65) CASTEJÓN: *Faltas penales...*, cit., págs. 16 y sigs., hace un resumen de esta doctrina.

tendida la opinión de que las hoy llamadas faltas penales habrían de ser sustraídas de la competencia de los tribunales ordinarios para ser encomendadas a unos «tribunales de policía» (66); solución que se comprende en relación con aquellas de las faltas contenidas en el libro III del Código Penal, que son realmente, más que «delitos degradados» (es decir, delitos de menos importancia), auténticas «contravenciones reglamentarias» (67).

Por lo demás, la potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva atribuida a los Tribunales de Justicia tienen como fundamento común que ambas han sido establecidas para asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, es decir, que deriven de su situación general de sumisión. Causalmente por esto la potestad sancionadora no puede confundirse con la potestad disciplinaria que la Administración puede utilizar respecto de determinados administrados sometidos a alguna especial relación de poder: así, el especial régimen disciplinario a que respectivamente están sometidos los funcionarios, los alumnos de un establecimiento público docente, o los profesionales agrupados corporativamente en un Colegio oficial (de abogados, médicos, arquitectos...) (68).

(66) Precisamente es esta la propuesta que hace F. CASTEJÓN en su ya citada obra. En otra ocasión ya había escrito este mismo autor: «Muchas sanciones que imponen las autoridades administrativas en forma de multas, privaciones de derechos, etcétera, y que según el artículo 26, número 3.º, del Código Penal no se reputan penas, alcanzan mayor gravedad y trascendencia que algunos castigos que establece el mismo Código. Es decir, que la sanción penal, más benigna en su materia o contenido que la corrección administrativa, exige muchos más requisitos que ésta para su prueba y represión, al punto de que en el condicionado que reclama para que pueda imponerse a un autor de delito o falta, exige a veces un valladar insuperable a la rapidez y eficacia que piden de consuno la justicia y la conveniencia pública» (*En torno a lo penal y administrativo*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, número homenaje al profesor GASCÓN Y MARÍN). Lo que critica es, por tanto, que la sanción de las simples faltas sea competencia judicial.

(67) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, vol. I, pág. 244, que distingue dos tipos de faltas penales: las *delictuosas*, que tienen el mismo carácter de delitos, y las *contravencionales o de carácter reglamentario*, que no pueden considerarse como intrínsecamente inmorales. Por ejemplo, son de esta última clase las faltas a que se alude en el artículo 580, 4.º y 581, 3.º del Código Penal.

(68) Realizada esta nueva distinción, resulta que el cuadro general de las sanciones administrativas queda como sigue: A) sanciones correctivas, que se imponen en virtud de los poderes genéricos de la Administración sobre los administrados: a) sanciones de policía administrativa (por ejemplo, multas gubernativas); b) sanciones por incumplimiento de los deberes de prestación de los administrados (por ejem-

En relación con las potestades sancionadoras, disciplinaria y punitiva que han quedado determinadas, pueden establecerse las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Son compatibles y, por tanto, pueden recaer sobre un mismo sujeto, la sanción penal y la disciplinaria. Así, el funcionario que comete una falta al mismo tiempo constitutiva de delito puede quedar sometido simultáneamente a un expediente disciplinario y a un proceso penal. La jurisprudencia ha reiterado que la actuación de estas dos jurisdicciones es absolutamente independiente, sin que lo resuelto por una prejuzgue la resolución de la otra (69).

plo, las multas fiscales); B) sanciones disciplinarias: régimen de funcionarios, régimen de usuarios de los establecimientos públicos, sanciones corporativas, etc. S. ROMANO observa que la relación disciplinaria «es una relación *accesoría* que, por tanto, presupone otra que podemos llamar *principal*». Sólo se da, pues, como consecuencia de especiales relaciones de subordinación. (*I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, en «*Scritti minori*», vol. II, 1950, págs. 90 y 91.)

CASTEJÓN distingue, por su parte: 1) falta disciplinaria; 2) falta gubernativa; 3) falta administrativa, y 4) falta penal (op. cit., págs. 8 y 68 y sigs.). Pero la distinción entre la falta gubernativa y la falta administrativa no tiene justificación, a no ser que la primera se contraiga al uso de los poderes de represión en materia de orden público, con lo que coincidiría con la distinción entre la policía de seguridad y los policías especiales. Por otra parte, la falta disciplinaria es—por las razones que se señalan en el texto—completamente ajena a la intención de un posible «Código de policía».

(69) Esta doctrina se mantiene, por ejemplo, en el D. C. de 11 de abril de 1942 fundándose en que «...las jurisdicciones competentes para conocer de ellos en uno y otro orden, lo meramente disciplinario y lo penal, son distintas, distinto el procedimiento, distinta su calificación legal y distintas también las sanciones aplicables. De aquí deduce el propio Decreto que la competencia de cualquiera de estas jurisdicciones no está supeditada a lo que se resuelva en la otra.

Mayores dificultades ofrece la cuestión cuando el ejercicio de las facultades sancionadoras se delega a ciertas entidades de tipo corporativo. Es lo que ocurre con las Hermandades Sindicales del Campo que, de acuerdo con la Orden de la Presidencia de 23 de marzo de 1945, tienen funciones de policía rural, con la posibilidad de imponer sanciones. F. CASTEJÓN deduce de aquí que puede producirse una disparidad entre la legislación citada y el Código penal y entiende que, aunque pudiese pensarse en la coexistencia de una sanción disciplinaria sobre un sindicato y una sanción penal (como ocurre en el caso de los funcionarios) la regla debe ser la preeminencia de lo dispuesto en el Código penal (*Faltas penales...*, cit., págs. 73 a 75). Pero debemos de añadir que ya la Orden de la Presidencia de 23 de marzo de 1945 prescribe en su artículo 141, 1.<sup>a</sup>: «No pueden incluirse en las ordenanzas los hechos que, como delito o falta, comprende el Código penal o cualquier otra Ley, ni aun cuando sea para copiar íntegramente dichos preceptos.» Por otra parte, el Tribunal Jurado de la Hermandad, que es el organismo con facultades sancionadoras sólo puede imponer, en función disciplinaria, las siguientes sanciones: a) amonestación

2.<sup>a</sup> Igualmente es compatible el ejercicio de la potestad correctiva con la potestad disciplinaria. Así, quien es sancionado con una multa gubernativa por escándalos públicos, si al mismo tiempo es funcionario, puede verse expedientado para ser corregido en la vía disciplinaria (70).

3.<sup>a</sup> La atribución de competencias sobre una determinada materia a una de las dos jurisdicciones (penal o administrativa) no implica, de suyo, la negación de la competencia sobre esa misma materia a la otra (71). Sin embargo, hay que entender que la aplicación de la sanción de una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra. Aquí sí que sería de aplicar el principio *non bis in idem*, puesto que en ambos supuestos se castiga igualmente en virtud de la misma relación que une al individuo con el Estado y por causa de una

privada; b) amonestación pública; c) multa de 25 a 250 pesetas; d) propuesta de multa de 250 a 1.000 pesetas, que debe formularse ante el Delegado sindical provincial, que resolverá; e) pérdida del cargo en la Hermandad; f) suspensión temporal de los derechos de afiliado; y g) expulsión de la Hermandad. Aparte de éstas se admite también la imposición de otras sanciones de tipo moral que admitan las costumbres o los usos locales. Pues bien, salvo el caso de la multa, está claro que todas las demás sanciones son típicas del Derecho disciplinario, consecuencia de la relación especial de poder que existe entre la Hermandad y sus afiliados. Así es que la colisión con las normas penales realmente sólo se produciría cuando se intentase imponer una sanción a quien no tuviese el carácter de afiliado a la Hermandad.

(70) De acuerdo con el artículo 58 del Reglamento de funcionarios públicos de 7 de septiembre de 1918 se consideran faltas graves «las que afecten al decoro del funcionario». Un comportamiento privado que da lugar a escándalo y merece ser sancionado por la autoridad gubernativa, por tanto, dar lugar a una sanción disciplinaria. En el primer caso se le sanciona en cuanto administrado y en el segundo en cuanto funcionario. El principio *non bis in idem* no es aquí aplicable. Pero el T. S. ha sostenido lo contrario (si bien pudiera haberlo exigido la justicia del caso concreto que se le sometió) en su Sent. de 29 de octubre de 1958.

(71) Así se desprende del artículo 603, párrafo 2.º del Código penal: «...las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su reparación les esté encomendada por las mismas leyes».

Sin embargo, la Jurisprudencia anterior parecía consagrar el opuesto principio de que la Administración no podía corregir lo que el Código tipificase como «falta penal». Así un R. D. C. de 16 de marzo de 1872 declaró que un alcalde no puede corregir gubernativamente al particular que le insulta, pues tal hecho constituye el delito de desacato, cuya punición corresponde a los Tribunales de Justicia. Análoga doctrina se desprende de los RR. DD. de C. de 11 y 30 de noviembre de 1897, 26 de abril de 1899 y 23 de julio de 1921: a los Tribunales ordinarios corresponde el conocimiento y castigo de las faltas previstas en el Código penal, aun cuando los hechos se hallen penados por las ordenanzas municipales.

única transgresión cometida. (72). El que la competencia para sancionarla se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal o incluso el hecho menos disculpable de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano.

4.<sup>a</sup> Si la atribución de la facultad sancionadora se hace específicamente a órganos administrativos determinados cuya única o fundamental misión consiste cabalmente en el ejercicio de tal potestad represiva, entonces hay que entender que se trata de materia exclusiva (73) de la jurisdicción penal ordinaria (74).

(72) Este principio se recogía expresamente en el Código penal de 1928, artículo 853: «En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa.» Las dudas que pudiese suscitar alguna Ley reciente no podrían prevalecer frente al argumento que se expone en el texto. Así el artículo 81 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 dice: «Los actos realizados sin la oportuna autorización en los montes catalogados o en las superficies a que se refiere el precedente párrafo de este artículo, serán sancionados por la Administración forestal; *sin perjuicio* de la exigencia por la jurisdicción ordinaria de la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar cuando revistieren caracteres de delito o falta.» Pero este precepto debe ser interpretado a la luz de los propios principios que informaban la antigua Legislación penal de Montes contenida en el Real Decreto de 8 de mayo de 1884 (que, por lo demás, no ha sido radicalmente derogado, pues lo que la disposición transitoria de la nueva Ley de Montes prescribe es que «se autoriza al Gobierno para acomodar el Decreto de 8 de mayo de 1884 y demás disposiciones sobre Legislación penal de Montes a lo dispuesto en la presente Ley») y de la jurisprudencia de los Reales Decretos de Competencias que se han venido dictando a lo largo de su vigencia. En la referida Legislación penal de Montes se reconoce a la Administración la potestad de hacerse la justicia por su mano dentro de ciertos límites; pero «si los productos hubieren sido extraídos del monte con ánimo de lucrarse, o los hechos hubieren sido ejecutados con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, se reservará su conocimiento a los Tribunales ordinarios» (artículo 1.º, párrafo final, del Real Decreto de 1884). El simple dato de los numerosos Decretos de Competencia que se han dictado en esta materia es prueba de que el ejercicio de una jurisdicción impide automáticamente el funcionamiento de la otra. En este sentido es significativa la doctrina sentada por el Real Decreto de Competencia de 28 de agosto de 1909, de acuerdo con la cual si se denuncian a los tribunales hechos que éstos creen de su competencia y de los cuales entienden las autoridades administrativas, deben promover recurso de queja, pero no conocer, «desde luego, de los hechos denunciados. Más expresiva quizá sea la doctrina del Real Decreto de Competencia de 30 de mayo de 1908: extraídas abusivamente leñas de un monte con ocasión de un aprovechamiento forestal e impuesta la penalidad correspondiente por las autoridades administrativas, que no pasaron el tanto de culpa, *no pueden entender en el hecho los Tribunales.*»

(73) Naturalmente si la adscripción se ha hecho por Ley formal capaz de modificar el Código penal.

(74) Es lo que ocurre, por ejemplo con el Juez especial de Delitos Monetarios.

C) *Clases de sanciones administrativas.*

Una 'enumeración' taxativa de sanciones que puedan ser impuestas por las autoridades administrativas no se encuentra en nuestro Derecho. Pero excluido el caso de la potestad disciplinaria, que admite ciertas medidas punitivas como consecuencia típica de la especial dependencia del sancionado respecto a un establecimientos público o corporación (75), es lo cierto que, sin perjuicio de otras a que se hará referencia, la más típica de las sanciones de policía es la multa. Igualmente habremos de plantear la discusión relativa a la posibilidad, en nuestro Derecho, de imponer la sanción de prisión gubernativa (76).

a) *La multa.*—La multa es una sanción de tipo pecuniario que afecta, por tanto, inmediatamente al patrimonio del transgresor de una norma administrativa. Su justificación está unánimemente admitida como medio represivo en manos de la Administración (77).

Interesa en esta materia aludir a las cuestiones siguientes: 1.<sup>a</sup>, autoridad competente; 2.<sup>a</sup>, ejecutoriedad de la multa; 3.<sup>a</sup>, régimen de recursos.

Su independencia frente al poder judicial—a pesar de tratarse de un funcionario administrativo—se ha querido llevar tan lejos que el Decreto de Competencia de 1 de julio de 1954 llegó a declarar que las detenciones ordenadas por dicho Juez especial no pueden ser fiscalizadas a los efectos de la exigencia de las oportunas responsabilidades por la jurisdicción penal ordinaria (vid. nuestro comentario a esta resolución en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 14, mayo-agosto 1954, págs. 157 y sigs.). Por lo demás el carácter administrativo de este Juez especial no es discutible según se desprende de la Ley de 24 de noviembre de 1938. Asimismo el artículo 109 de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953 admite, contra las sentencias condenatorias que dicte el Juzgado de Delitos Monetarios, un recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación, organismo administrativo que está presidido por el Subsecretario del Ministerio de Hacienda.

(75) Por ejemplo, la sanción de expulsión.

(76) En esta materia es aplicable la distinción, elaborada por la ciencia penal, entre sanciones principales, accesorias y subsidiarias. Las principales son aquellas que se imponen ciertamente como castigo por transgresión de la norma infringida; las accesorias recaen sobre los objetos y medios materiales con los que la transgresión se ha realizado (por ejemplo, el comiso de las mercancías introducidas de contrabando), finalmente, las subsidiarias se imponen cuando la sanción principal no puede ser cumplida (por ejemplo, prisión subsidiaria para el caso de insolvencia económica del sancionado por una multa). Esta clasificación está expresamente admitida en el artículo 22 de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953.

(77) C. MARTÍN-RETORTILLO: *La multa gubernativa*, en «Rev. Der. púb.», 1934, págs. 170 y sigs. Una especial atención al tema de las multas dedica VILLAR PALASÍ en



a') La competencia de la autoridad con facultades para imponer una multa viene determinada, bien *ratione materiae*, bien por criterio funcional. En el primer caso hay que distinguir entre los órganos de la policía general o de seguridad y los encargados de las policías especiales.

La policía general está atribuida, como norma, a los gobernadores civiles (78), en cuanto representantes del Gobierno en cada provincia. Las facultades sancionadoras por razones de orden público se atribuyen expresamente al Ministerio de la Gobernación y a los gobernadores civiles (79).

Por lo que se refiere a las policías especiales, la competencia viene atribuida al Departamento ministerial (autoridades centrales o delegadas) que tengan especial competencia en la materia. Así, el Ministerio de Agricultura puede imponer multas en relación con la aplicación de la Ley de Montes o de la Legislación sobre Cultivos Agrícolas (Decreto de 16 de junio de 1954); el Ministerio de Educación Nacional puede imponerlas en relación con la exportación clandestina de obras de arte (Decreto-Ley de 12 de junio de 1953); el Ministerio de Información y Turismo sanciona las infracciones cometidas por los establecimientos de hotelería o por aplicación de la Ley de Prensa (de 22 de abril de 1938), etcétera.

El criterio funcional tiene su aplicación por cuanto que la competencia para imponer la multa se suele atribuir hasta una cuantía deter-

---

su trabajo *Poder de policía y precio justo* (En «R. A. P.», núm. 16, 1955, págs. 28 y sigs. por nota); pero no compartimos su afirmación de que «el Derecho penal marca el límite de las multas». Lo único cierto es que los reglamentos administrativos no pueden exceder tal límite; pero sí una Ley especial que atribuya a la Administración tal potestad.

(78) Vid. las atribuciones que se conceden al Gobernador civil en el artículo 260 de la vigente Ley de Régimen local. En el apartado i) de este precepto se dice: «Sancionar los actos contrarios a las leyes y a las disposiciones del Gobierno, al orden público, a la moral y a la disciplina de las costumbres y las faltas de obediencia y respeto a su autoridad...; en caso de que se sancionare con multas, éstas, que deberán abonarse en papel de pagos al Estado, no podrán exceder de 10.000 pesetas salvo que autoricen otra superior leyes especiales.» En análogo sentido, el artículo 22 del Decreto de 10 de octubre de 1953 sobre Gobernadores civiles.

Por lo demás, «las atribuciones conferidas a los gobernadores civiles en materia de orden público se entenderán sin perjuicio de las que reserva la Dirección General de Seguridad la Legislación vigente» (artículo 265 de la Ley de Régimen local).

(79) Artículo 18 de la Ley de Orden público de 1933.

minada, por encima de la cual la competencia sancionadora se traslada a un órgano superior (80).

b') Respecto a la forma de imponerse las multas, el principio general es que, tratándose de actos que afectan directamente a los derechos de los particulares, se exige expediente con audiencia del interesado (1). Una vez impuesta la multa, es un acto administrativo obligatorio, y que, además, puede ejecutarse directamente por la Administración empleando algunos de los medios que reconoce el artículo 104 de la Ley de Procedimiento administrativo; más precisamente, empleando el apremio sobre el patrimonio (82), de acuerdo con las prescripciones del Estatuto de Recaudación (83). Pero en algunos casos la vía de apremio está reservado al propio poder judicial, a requerimiento de la autoridad administrativa (84).

La única observación importante que aún debe hacerse en esta materia es que la ejecutoriedad de las multas no se rige por las mismas

(80) Así, el artículo 83 de la Ley de Montes de 1957 concede competencia a las Jefaturas de los Servicios Forestales provinciales y regionales para imponer multas hasta 10.000 pesetas; a la Dirección General de Montes hasta 50.000 pesetas, y al Ministerio de Agricultura hasta 100.000 pesetas.

Salvo autorización expresa por Ley especial las multas que impongan los gobernadores civiles no podrán exceder de 10.000 pesetas (artículo 260, i), de la Ley de Régimen local).

(81) Artículo 22 del Decreto sobre gobernadores civiles de 10 de octubre de 1958. Hay que entender que en este expediente habrán de guardarse los requisitos esenciales que establece la Ley de Procedimiento administrativo. Ahora bien, cuando la sanción se imponga por aplicación de la Ley de Orden público, se respeta el procedimiento especial que se desprende de esta Ley, de acuerdo con el Decreto de 10 de octubre de 1958 por el que se señalan los procedimientos especiales que, por razón de su materia, continúan vigentes después de la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento administrativo.

(82) Para el cobro de la multa es de aplicación lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de Procedimiento administrativo: «Si en virtud de un acto administrativo hubiere de satisfacerse cantidad líquida, se seguirá el procedimiento previsto en el Estatuto de Recaudación.»

(83) Texto refundido de 29 de diciembre de 1948. En este procedimiento la única intervención del poder judicial es a los efectos de autorizar a los agentes ejecutivos del Fisco para que entren en los domicilios particulares a realizar el embargo de los bienes del deudor (artículo 76).

(84) Artículo 22, párrafo 4.º, del Decreto de 10 de octubre de 1958 sobre Gobernadores: «En caso de falta de pago de las multas, una vez firme la resolución que las impuso, el gobernador podrá oficiar al Juzgado competente, con copia auténtica de la resolución, para que proceda a su exacción por vía de apremio...» Obsérvese que en el precepto transcrito se exige que la resolución que impuso la multa sea firme.

reglas de los demás actos administrativos. Así el principio de su inmediata ejecutividad (85) quiebra ante la exigencia: 1) en algunos casos, del transcurso de un determinado plazo (86); y 2) en otros, por la exigencia de firmeza del acto que impone la sanción (87).

Se trata de saber ahora si la Administración dispone de poderes subsidiarios para tomar medidas en el caso de que el condenado al pago de una multa sea insolvente u ocultara los bienes sobre los que procedería la ejecución por vía de apremio. Para estos casos el Derecho positivo suele reconocer la posibilidad de la *prisión subsidiaria*. Pero interesa examinar de una parte si tal posibilidad debe admitirse como un

(85) Reconocido para los actos de la Administración central por el artículo 101 de la Ley de Procedimiento, y, para la Administración local por el artículo 361 de la Ley de Régimen local.

(86) Artículo 115 de la Ley de Régimen local: «Las providencias que impongan multas por infracción de las ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno, no serán ejecutivas hasta que transcurra el plazo de ocho días a contar del siguiente al de la notificación.»

(87) Vid. lo dicho anteriormente en la nota 90. En el propio artículo 22, párrafo 3.º, se dice: «Al imponer la multa se fijará el plazo, dentro del cual habrá de hacerse efectiva, que no será inferior a tres días hábiles, a partir de la notificación, pudiendo acordarse igualmente el pago fraccionado en los plazos que se indiquen.»

Ciertamente no resulta clara la trabazón lógica entre los párrafos 3.º y 4.º del artículo 22 citado. Del primeramente citado se deduce que el multado puede no pagar hasta transcurrido un plazo de tres días, o más, a contar desde la notificación. Puede ocurrir que tal plazo transcurra y la multa no se pague; a pesar de ello, el gobernador no podrá pedir la exacción por vía de apremio hasta que su resolución sea firme. Ahora bien: ¿cuándo adquiere la resolución tal firmeza? No hay duda de que para ello hace falta que transcurra el plazo para utilizar el correspondiente recurso sin que se haya utilizado, o que el tal recurso haya sido desestimado. ¿No va esto contra el principio de que los recursos en vía gubernativa no tienen efectos suspensivos, consagrado en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento? Esto sin prejuzgar la cuestión de si en esta materia es aplicable el principio *solve et repete*.

También se impone una aclaración comparando los artículos 83 y 87 de la vigente Ley de Montes de 1957. En efecto, en el primero de dichos preceptos, *in fine*, se dice: «Todas las multas se harán efectivas en papel de pagos al Estado y serán exigibles por el procedimiento judicial de apremio una vez que sean firmes en vía gubernativa las resoluciones que las hubieran impuesto.» Esto quiere decir que la ejecutoriedad comienza cuando la resolución ya es firme en vía gubernativa, o sea cuando se ha dejado transcurrir el plazo del recurso o cuando éste ha sido denegado. Ahora bien, el artículo 87, 2, prescribe por su parte: «Para interponer los recursos será condición precisa el previo depósito de la multa en la Caja General de Depósitos a disposición de la autoridad que la hubiere impuesto.» O sea que la ejecutoriedad se hace depender de una condición que, en caso de recurso, no puede darse en la realidad, supuesto que si la firmeza pende por haberse empleado el recurso, es porque previamente se ha depositado la multa, y entonces el procedimiento de apremio no tiene sentido.

principio general aplicable, por tanto, incluso en los casos no específicamente previstos; de otra, si es una medida que puede decretar por sí misma la Administración, o necesita el concurso de los Tribunales de Justicia (88).

Respecto a la cuestión primeramente enunciada, no debe ser admitido tal principio general. Ni la prisión por deudas es una institución admitida por el Derecho privado, ni, de modo semejante, debe admitirse la convertibilidad de las deudas frente al Estado en una sanción privativa de libertad (89). En este sentido hay que interpretar las soluciones del Derecho positivo, y, por lo que al nuestro se refiere, sólo en materia de policía general debe admitirse la subsidiariedad de la prisión (90); en materia de policías especiales habrá que exigir un precepto expreso que la establezca (91).

(88) En este último caso, se trata de un problema análogo al que se planteaba en relación con las facultades para iniciar la vía de apremio.

(89) Precisamente la no convertibilidad de la sanción administrativa pecuniaria en sanción privativa de libertad representa para un extenso sector doctrinal criterio diferenciador entre las sanciones administrativas y las sanciones penales (GIROLA: *Sanzioni penali...*, cit., en loc. cit., pág. 441).

(90) El Decreto-ley de 4 de agosto de 1952 estableció la prisión subsidiaria, hasta un máximo de quince días, por impago de las multas impuestas por los gobernadores civiles en el ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 260, i), de la Ley de Régimen local. Este mismo precepto se recoge en el artículo 22 del Decreto de 10 de octubre de 1958. Es curioso que, mientras en dicho precepto se exige, para el empleo de la vía de apremio, la intervención del Juzgado competente, en cambio el arresto sustitutorio puede decretarse por el gobernador en uso de su propia competencia. En este sentido viene a quedar modificado el artículo 18, párrafo 7.º, de la Ley de Orden público de 28 de julio de 1933, que atribuye la competencia para ordenar la prisión subsidiaria del multado (por tiempo que no excediese de un mes) al Juez competente. La única duda que suscita el artículo 22 del Decreto de Gobernadores civiles es la siguiente: en dicho precepto se dice que el arresto será acordado por el gobernador civil dentro del límite que marca la Ley de Orden público (o sea, un mes), con lo que se amplía el plazo de quince días establecido por el Decreto-ley de 4 de agosto de 1952. A nuestro juicio no puede admitirse (dados los explícitos términos en que está redactado su articulado) que este Decreto-ley haya venido a modificar la Ley de Orden público en lo que se refiere a la autoridad competente para imponer el arresto y que en cambio dicha Ley quede vigente en lo que se refiere al límite máximo de duración del arresto acordado. Por tanto, hay que entender que la alusión a este último plazo que, de forma un tanto velada, se contiene en el artículo 22 del Decreto de Gobernadores debe de tenerse por no puesta.

Los Tribunales administrativos con jurisdicción penal especial suelen tener facultades en cuanto a la directa aplicación de la prisión subsidiaria. En materia de contrabando y defraudación, éstas son las facultades que a dicha jurisdicción especial se atribuyen en los artículos 22, 49 y 58 del texto refundido de 11 de septiembre de 1953.

(91) Ni el Decreto de 4 de agosto de 1952 que autoriza al Ministerio de Informa-

Por lo que se refiere a quién es la autoridad competente para decretar la prisión subsidiaria, se observa en nuestro Derecho positivo un desplazamiento de estas competencias de autoridad judicial a las autoridades gubernativas (92). La regla es actualmente que, en materia de policía general o de seguridad, puedan decretar la prisión subsidiaria los gobernadores civiles (93) y demás organismos del Ministerio de la Gobernación (94).

c') Como regla hay que admitir la posibilidad de recurrir contra los actos administrativos que acuerdan la imposición de la multa. Los recursos procedentes, salvo procedimiento especial aplicable, son los establecidos con carácter general en los artículos 113 y siguientes de la Ley de Procedimiento administrativo (95). Por lo que se refiere al recurso contencioso-administrativo, también es utilizable con carácter general, salvo que se trate de materias excluidas (96).

Hay que deplorar que el principio *solve et repete* típico del Derecho sancionador fiscal se haya extendido al terreno de las multas de policía (97); y no sólo como requisito previo para entablar recurso en vía contencioso-administrativa (98), sino incluso dentro de la propia vía gubernativa (99).

ción y Turismo la refundición de los preceptos relativos a sus facultades para imponer multas, ni la Orden ministerial de 22 de octubre de 1952, a tales efectos dictada, admite el arresto subsidiario. Por lo demás, en la disposición últimamente citada se contiene la regulación (seguramente la más detallada en nuestro Derecho sancionador no fiscal) del procedimiento a seguir en la imposición de multas.

(92) Vid. cuanto se ha dicho *supra* en la nota 90.

(93) Si la multa ha sido impuesta por una autoridad inferior, también corresponde al gobernador civil decretar el arresto sustitutorio (párrafo 5.º del artículo 22 del Decreto de Gobernadores).

(94) Artículo 265 de la Ley de Régimen local y artículo 18 de la Ley de Orden público.

(95) Una remisión expresa a estos preceptos se contiene en el párrafo 6.º del artículo 22 del Decreto de Gobernadores.

(96) Es lo que ocurre con las materias relativas a la función de policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, de acuerdo con el artículo 40, b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente por esto la Orden ministerial de 22 de octubre de 1952 admite aquí un recurso de alzada ante la Presidencia del Gobierno (en materia de prensa) y un recurso de reposición (en las demás materias) que no tiene carácter de previo al contencioso-administrativo.

(97) Vid. la apreciación crítica que de tal principio hacemos en el vol. I de nuestro *Tratado*, pág. 504.

(98) Artículo 57, e), de la Ley de 27 de diciembre de 1956.

(99) Artículo 87, 2, de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957. Por lo demás.

b) *La prisión gubernativa.*—La cuestión que ha de resolverse ahora es la de si es admisible la medida de privación de la libertad como sanción administrativa. Naturalmente, nos referimos ahora a la posibilidad de este medio represivo en cuanto sanción principal, pues la prisión subsidiaria ya se ha visto con anterioridad que está admitida en nuestro Derecho.

No debe negarse que la contestación afirmativa pudiera estar abonada por una cierta práctica (100) que quizá pueda aducir a su favor algún leve apoyo legal (101). Empero el examen de conjunto de nuestro Ordenamiento positivo parece conducir a la conclusión contraria. En efecto, de la declaración que se contiene en el artículo 18 del Fuero de los Españoles («Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial») se deduce un expreso reconocimiento del principio de que la competencia policial en esta materia se reduce a una intervención preventiva para asegurar la persona del transgresor; pero el juicio definitivo sobre su libertad se encomienda a los Tribunales de Justicia. Esto que, por otra parte, está en la base del moderno Estado de Derecho (102),

---

ya se ha observado con anterioridad cómo este requisito hace inútil el plazo especial que suele concederse para la ejecutoriedad de las multas a contar de su firmeza.

(100) Ciertas disposiciones dictadas a raíz de la terminación de la guerra civil, justificadas por las circunstancias del momento, pusieron en manos de las autoridades gubernativas ciertos poderes en orden a la privación de libertad que después, normalizada la situación, hay que entender desaparecidos. Así, una Orden de la Jefatura del Estado de 9 de enero de 1940 limita la detención gubernativa a un plazo máximo de treinta días, si bien admite próroga de este plazo hasta tres meses, acordada por la Dirección General de Seguridad. Este precepto se repite en el artículo 8.º del Decreto de la Presidencia de 2 de septiembre de 1941.

(101) El artículo 173 del Reglamento de Prisiones de 5 de marzo de 1948 al enumerar las autoridades que pueden decretar el internamiento en prisión de un detenido, incluye a los gobernadores civiles. Pero este argumento legal no es decisivo, de una parte, porque puede referirse al arresto subsidiario, de otra, por el inadecuado rango formal de tal norma.

(102) En relación con el vigente Ordenamiento alemán, E. KERN (en *Freiheitsziehung durch Verwaltungsbehörden?*, en «Die öffentliche Verwaltung», núm. 4, febrero 1954) se pregunta hasta qué punto las autoridades administrativas pueden imponer pena de prisión. El liberalismo político siempre rechazó tal posibilidad, afirmando, en cambio, que las restricciones a la libertad individual sólo pueden acordarlas los jueces. Este es el mismo principio que parece recogerse en la Ley fundamental federal alemana. Por eso KERN critica una Ley de policía de Württemberg, según la cual ciertos casos de insubordinación pueden ser castigados con multa o

no deja de tener entre nosotros una expresa sanción legal, tanto cuando el Código penal se preocupa de configurar el delito de «detención ilegal» (103), como cuando se establece la posibilidad del arresto subsidiario sin la menor referencia a dicha sanción como pena principal en el orden administrativo (104).

prisión de hasta ocho días. Estas penas pueden imponerlas las autoridades administrativas locales: *Landratämter* y *Oberbürgermeister*. De acuerdo con los principios constitucionales, el autor entiende que una tal disposición es ilegal, pues las restricciones a la libertad sólo deben encomendarse a quienes son «jueces» según la Constitución.

Lo que nosotros discutimos en el texto no es ni siquiera la inconstitucionalidad de una Ley formal, sino meramente, lo que debe entenderse cuando no existe una expresa Ley que ponga tales facultades en manos de la Administración.

(103) Artículos 181, 184 y sigs., y 480 y sigs. El juego del art. 18 del Fuero de los Españoles y de los citados preceptos del Código Penal supone un importante instrumento para la lucha contra las detenciones ilegales. Pero se echa de notar la falta de un procedimiento fácil enderezado directamente—y no de rechazo—a verificar tal constatación de legalidad, como es el caso del famoso *Habeas corpus* británico. Este permite que cualquier detenido se dirija al Tribunal competente, el cual dictará un *writ* de *Habeas corpus subjiciendum* que obliga al director de la prisión a presentarse ante el Tribunal con el cuerpo del detenido para informar sobre la fecha de detención y los motivos. Hay lugar entonces a una discusión contradictoria entre guardián y detenido que ilustra al Tribunal sobre la legalidad o no de la detención. El detenido que recobra su libertad se encuentra al abrigo de una nueva detención.

Como observa WALINE en el prólogo a la monografía de J. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration*, París, 1956), un libro que se hubiese escrito hace veinticinco años sobre la libertad individual se habría limitado a comentar los artículos correspondientes del Código de instrucción criminal. Pero desgraciadamente nos encontramos lejos de esos tiempos. Desde los tiempos anteriores a la última guerra mundial y como consecuencia de la de España, se dictaron los Decretos de 2 de mayo y 11 de junio de 1938, creando los primeros campos de concentración (con el eufemístico nombre de «residence forcée») para los refugiados españoles. Comenzada la guerra, un Decreto-Ley de 18 de noviembre de 1939 atribuyó a los Prefectos facultades de «internamiento administrativo». La guerra, la derrota y la victoria fueron etapas que terminaron por familiarizar a los franceses con estos poderes administrativos.

Preguntándose por la situación actual, contesta ya ROBERT por su cuenta: «El régimen de internamiento administrativo ha desaparecido en Francia. Pero no debe deducirse de aquí que la libertad individual esté, en la hora actual, plenamente garantizada. Si el francés ya no puede ser internado por decisión de un Prefecto, en cambio puede ser arrestado en condiciones irregulares, mantenido largo tiempo en arresto, sometido a interrogatorios brutales, juzgado por algunos hombres cuyo conjunto en nada se asemeja a un jurado real» (Op. cit., pág. 51).

(104) Artículo 260, i), de la Ley de Régimen local; Decreto-ley de 4 de agosto de 1952 y artículo 22 del Decreto de Gobernadores de 10 de octubre de 1958.

Asimismo, la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953 sólo admite la prisión como sanción subsidiaria (artículo 22).

c) *Otras medidas sancionadoras.*—Otras medidas represivas que entrañan el uso lícito de poderes administrativos y consecuencias afirmativas para el administrado transgresor de una norma o mandato policial pueden ser también admitidas. Una enumeración exhaustiva apriorística no es posible en esta materia. Las que del Derecho positivo se desprenden ofrecen una cierta variedad: clausura del establecimiento; suspensión de una publicación; amonestación; publicidad del nombre de los infractores, etc.

Lo que nos interesa saber es si la indeterminación previa con que en algunos casos se produce el Derecho positivo (105) debe de interpretarse como una autorización en blanco para que la imaginación de la autoridad administrativa se produzca libremente (106). Empero, las limitaciones son también aquí obvias y tienen un inmediato respaldo legal en el artículo 108 de la Ley de Procedimiento administrativo que en cualquier caso deja a salvo, cuando se emplea la compulsión directa sobre los administrados, «el respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles».

---

(105) La redacción del tan citado artículo 22 del Decreto de Gobernadores civiles demuestra que la multa no es la única sanción imponible. Igual conclusión se desprende del artículo 260, i), de la Ley de Régimen local.

(106) No son pocos los casos reales que podrían traerse a colación en relación con las medidas tomadas, por ejemplo, para combatir la inmoralidad en las playas o en la lucha contra el llamado «gamberrismo».