
“HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: SOLUCIONES EN EL DERECHO ALEMÁN”

Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Técnico Superior de la Administración de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha

Texto finalizado el 14 de abril de 2016

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

***II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONTRIBUCIONES
DOCTRINALES.***

***III.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES
ADMINISTRATIVAS.***

A) LA “ABSEHEN VON STRAFE”.

B) LA DESPENALIZACIÓN FORMAL.

***IV.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
ALEMÁN. UNA PANORÁMICA GENERAL DE LA “GESETZ
ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN” (OWIG).***

- A) ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**
- B) CONCEPTO DE INFRACCIÓN. FORMAS DE COMISIÓN. SANCIONES.**
- C) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.**
- D) REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN.**
- E) LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.**

PALABRAS CLAVE: Potestad sancionadora; derecho alemán; contravención; infracción administrativa; Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

KEY WORDS: Penalty power; German law; contravention; administrative offence; Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

RESUMEN:

En el presente artículo se aborda un estudio histórico sobre la evolución de la potestad sancionadora administrativa en Alemania, donde las denominadas "contravenciones" han alcanzado una sustantividad propia en la denominada "*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*", abreviada como OWiG, cuya redacción vigente pretende sistematizarse también en este trabajo. El modelo alemán y el estudio de sus previsiones legales parecen dignos de tenerse en cuenta en un país como España, carente de una norma que regule la teoría general de la potestad sancionadora administrativa y donde, por tanto, dicha teoría general tendrá que seguir construyéndose jurisprudencialmente, con la dificultad e inseguridad jurídica

que, de forma previsible, provocará la generalización de soluciones que tienen como fundamento el caso concreto.

ABSTRACT: SUMMARY:

In this paper a historical study on the evolution of sanctioning administrative power in Germany, where the so-called "violations" have reached a substantivity itself in the so-called "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten", abbreviated OWiG addressed, the current wording intended also systematized in this work. The German model and study its legal provisions seem worthy to be taken into account in a country like Spain, lacking a rule governing the general theory of sanctioning administrative power and where, therefore, that general theory will have to continue to build jurisprudencialmente with the difficulties and legal uncertainty, predictably, will lead to the generalization of solutions that are based the case.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Es nuestro propósito en el presente artículo realizar un breve esbozo de las características del derecho administrativo sancionador alemán que, por haber logrado la más completa sistematización en la teoría general de la infracción administrativa, aporta soluciones muy originales y novedosas a esa labor, todavía por culminar en España, de sistematización del derecho sancionador que, entre nosotros, ha tenido que irse construyendo con soluciones jurisprudenciales y, por tanto, con la inseguridad jurídica que la decisión del caso concreto proporciona al aplicador del derecho, quien busca siempre soluciones más firmes y, por ende, ajenas a la coyuntura.

En la doctrina francesa, FRANCK MODERNE, ha distinguido, al estudiar los regímenes sancionadores del derecho comparado en las democracias occidentales, tres grandes modelos:

- En primer lugar, los Estados que han mantenido una tradición firme de sanción administrativa hasta nuestros días, entre los que incluye a Austria y Suiza.
- En segundo término, los que han instaurado un sistema de represión administrativa residual, entre los que sitúa a los países del *common law* y a la propia Francia.
- En último término, aquellos que han reasignado un cierto poder represivo a la Administración, sea como consecuencia de concepciones políticas autoritarias (entre los que incluye a España y Portugal), sea bajo el impacto político de la despenalización, como Alemania o Italia²⁰⁰.

El sistema de sanciones administrativas en Alemania es, en efecto, fuertemente tributario del proceso despenalizador acometido a partir de la caída del nazismo, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial. Pero, aceptada esta premisa de origen y, con independencia de las discusiones doctrinales de los juristas alemanes, puede decirse que la "contravención", equivalente a nuestra infracción administrativa, ha logrado una sustantividad propia y unos perfiles definidos a partir de la denominada *GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN*

²⁰⁰ MODERNE, F: "*Sanctions administratives et Justice constitutionnelle*". Paris, 1993. Págs. 5-35.

(abreviada como OWiG), que analizaremos con detenimiento²⁰¹. Se trata es una Ley Federal, aplicable a todos los Estados federados alemanes, en la que se recogen y dan respuesta a la mayor parte de las dudas doctrinales que en nuestro país han hecho verter ríos de tinta a los eruditos en la materia, sin que se haya llegado todavía a un consenso sobre las respuestas más idóneas a los singulares problemas sancionadores con que se enfrentan cada día los múltiples funcionarios que instruyen procedimientos administrativos sancionadores.

El estudio del derecho sancionador administrativo en países de nuestro entorno pone de manifiesto que, en el ámbito normativo, ninguna tradición es sagrada; que absolutamente ningún principio, incluso el más acendrado en la mentalidad colectiva, resulta inamovible. La realidad y las concretas preocupaciones de cada momento van modelando las instituciones jurídicas que, partiendo de sus perfiles tradicionales, acaban asimilándose en muchos casos para dar respuesta a coyunturas históricas comunes.

En esta línea cuando, con carácter general, indagamos sobre la naturaleza de la potestad sancionadora en los Estados modernos, tres afirmaciones parecen incuestionables. La primera es que la facultad de castigar las infracciones mediante la imposición de sanciones ha de ser una potestad exclusivamente pública (que conocemos como *ius puniendi*),

²⁰¹ “En general, la doctrina entiende que las contravenciones pertenecen al ámbito penal; algunos autores afirman que son delitos de bagatela diferenciados de los tipos contenidos en el derecho penal nuclear por la decisión legislativa de ordenar una acción en uno u otro ámbito y, fundamentalmente, porque la sanción impuesta sólo puede ser una multa dineraria aplicada por la propia administración...”. SARRABAYROUSE, E.C. “El sistema alemán de las contravenciones”. Pág.24.

felizmente superados los sistemas de venganza privada. En segundo lugar, resulta asimismo innegable que tal facultad comporta una labor material de enjuiciamiento, mediante la cual se consuma la aplicación de una norma (la norma sancionadora) a un sujeto concreto, para tomar la decisión final de si procede o no imponer la sanción, a la vista de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. Y, por último, y a resultas de lo anterior, puede aceptarse también el hecho de que la potestad de sancionar tiene su natural ubicación en el seno del poder judicial, cuyos órganos son los específicamente concebidos para las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

A partir de aquí ya todo se vuelve discutible. El hecho de que una potestad sea de naturaleza judicial no prejuzga la exclusividad del poder judicial para asumirla. Cuando el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978 proclama el principio de exclusividad, lo hace en relación con los procesos, pero no impide la existencia de procedimientos administrativos cuyo objeto pueda ser también la emisión de un juicio. Y aquí dos opciones parecen legítimas: desde los que, como PARADA VÁZQUEZ²⁰², consideran que por la innegable naturaleza jurisdiccional que tiene la imposición de sanciones, lo ideal sería residenciarla en exclusiva en el poder judicial – que es el único que ostenta las garantías adecuadas de imparcialidad e independencia para asegurar la regularidad de tal imposición–, hasta los que sostienen la necesidad de que también pueda ejercer esta potestad el poder ejecutivo, a través de la Administración Pública.

²⁰² PARADA VÁZQUEZ, R: “*Derecho Administrativo*”. Vol. 1. Marcial Pons, 1999. Págs. 492 y ss.

Al examinar la legislación vigente de ordenamientos jurídicos comparados de nuestro entorno europeo, llegamos a la conclusión de que la exclusividad sancionadora judicial se ha convertido en una entelequia y que, renunciando a una interpretación purista del principio de separación de poderes, ha tenido que aceptarse – siquiera resignadamente en muchos casos – la atribución de una potestad sancionadora a la administración por razones puramente prácticas, incluso en aquellos sistemas, como el anglosajón, en que prima la fórmula del *common law*²⁰³.

Siendo ello así en los sistemas de *common law*, no podía ocurrir de otro modo en los diversos modelos del derecho continental, en los que se acepta con normalidad la existencia de un derecho administrativo. Si la doctrina francesa, defensora tradicional del monopolio judicial en la imposición de sanciones, afirmaba en 1959, a través de MARCEL WALINE, que “...la práctica de las sanciones administrativas es bastante grave porque contribuye, con las sanciones fiscales, a la creación y al desarrollo ... de lo que puede llamarse un pseudo-derecho penal...”²⁰⁴, esta crítica ha rebajado notoriamente su tono desde que la constitucionalidad de las sanciones administrativas se proclamara con taxatividad por el Consejo Constitucional francés en el considerando sexto de su Decisión de 28 de julio de 1989, en virtud de la cual:

²⁰³ Remito a las consideraciones que al respecto hice en mi artículo “Una lección de pragmatismo: el derecho administrativo sancionador del Reino Unido”, publicado en el nº 5 de esta misma Revista. Págs. 123-141.

²⁰⁴ WALINE, M: “*Traité de droit administratif*”. Sirey, París. 8ª ed., 1959. Pág. 512.

“... le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis”²⁰⁵.

En cuanto a la doctrina alemana, MERKL ya observaba en 1927 que las sanciones administrativas constituyen la mayor intromisión imaginable en la esfera de la justicia y, en consecuencia, la más evidente quiebra del principio de separación de poderes²⁰⁶. Pero lo importante es que esta quiebra se ha acabado produciendo por las mismas razones de imposibilidad judicial en la asunción del monopolio sancionador en el Estado social: poco importa si ello se ha logrado por la despenalización de los denominados *Bagatelle Delikte* (en el caso alemán), por la simple continuidad de un sistema tradicional que acepta y refuerza su convicción en la eficacia de las sanciones administrativas (como en Austria o Suiza) o, en

²⁰⁵ El principio de separación de poderes, al igual que cualquier otro principio o regla de valor constitucional no es obstáculo al hecho de que una autoridad administrativa, actuando en el marco de prerrogativas de poder público, pueda ejercer un poder de sanción, desde el momento en que, por una parte, la sanción susceptible de infligirse excluye toda forma de privación de libertad y, por otra parte, en tanto el ejercicio del poder de sanción está rodeado por la ley de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados.

²⁰⁶ MERKL, A.: *“Teoría General del Derecho Administrativo”*. Ed. Nacional, México, 1980, pp. 347 y ss.

fin, por la extensión de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, como en opinión de FERNÁNDEZ TORRES, ha ocurrido en Francia²⁰⁷.

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES.

A principios del siglo XIX, la actual Alemania no era sino un mosaico de Estados con diferentes realidades jurídicas y normativas. Esta circunstancia presagiaba dificultades para conseguir la homogeneidad que exigía el naciente estado, que se fundó el 18 de enero de 1871, con la denominación de Segundo Imperio²⁰⁸ de base federal, en cuyo seno acabaron integrándose Estados con realidades legislativas muy diferentes, entre los que destacaban Prusia, Baviera o Sajonia. La unidad se logró, no obstante, gracias a la proliferación de unas bien fundamentadas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, con las que pudo conjurarse el problema de pluralidad ordinamental en los distintos *Länder*.

En el ámbito del derecho administrativo, si bien el parágrafo 182 de la Constitución de Francfort de 1849 – que no tuvo vigencia

²⁰⁷ FERNANDEZ TORRES, J.R: “*La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)*”. Documentación Administrativa, nº 283. Madrid, 2009. Pág. 13.

²⁰⁸ El Primer Imperio se constituyó formalmente el 28 de marzo de 1849 por la Constitución de Francfort de 1849. La resistencia de los príncipes alemanes – particularmente del reino de Prusia – impidió su constitución “de facto” en términos políticos. El único logro de esta época fue la creación de la denominada “*Flota del Reich*”.

práctica – ya había previsto el control jurisdiccional de la Administración²⁰⁹, al constituirse el *Deutsches Reich* en 1871, no fue la Federación sino cada uno de los veinticinco Estados federados que la integraban, los competentes en materia de jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, como explica IBLER, “...no era de esperar la emergencia de un Derecho administrativo uniforme imperial, al contrario de lo que sucedía con el Derecho civil y penal”. Sin embargo, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia se convirtió – por sus bien fundamentadas resoluciones – en modelo para los tribunales análogos de otros Estados, de modo que se fueron asentando principios jurisprudenciales comunes a pesar de las diferencias legislativas²¹⁰.

En el ámbito del derecho penal – donde, al igual que en Francia, podemos rastrear el origen de las infracciones administrativas – la homogeneidad hay que imputarla al surgimiento de una dogmática penal que ha convertido a los juristas alemanes en los incuestionables constructores de la más completa teoría del delito y, por ende, de la infracción.

Una de las primeras inquietudes fue la del deslinde entre las infracciones penales y las puramente administrativas, sobre la

²⁰⁹ Hasta entonces, las decisiones administrativas eran controladas solamente por la autoridad superior. Desde 1863 en adelante, el debate que se suscitó fue el de si la Administración debía ser controlada por jueces ordinarios (civiles o penales) o por una jurisdicción especializada. Esta última sería la opción que acabara imponiéndose en casi todos los Estados federados alemanes.

²¹⁰ IBLER, M: “*Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania*”. En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 50/51, Págs. 6 y 7. Valencia, 2006.

base de diferencias cualitativas entre unas y otras. Así, FEUERBACH, inspirador el Código Penal Bávaro de 1813, bajo el influjo de la Ilustración y el iusnaturalismo, ya afirmaba que el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los del Estado²¹¹. Sobre esta inicial premisa distinguió el delito natural – que sería un ataque a los derechos subjetivos individuales y, como tal, una acción moralmente reprochable en todo tiempo y lugar – de los llamados delitos de policía – de creación estatal, moralmente neutrales, variables en función de los criterios político-sociales imperantes de cada momento²¹². Aunque esta teoría fue cuestionada al final de su vida por el propio Feuerbach²¹³, autores como KÖSTLIN intentaron mantenerla con algún matiz, al entender que los delitos tienen un objeto que es *“en sí y por sí injusto”*, mientras que las infracciones de policía tienen por objeto *“lo peligroso”*.

A finales del siglo XIX, la doctrina alemana se encontraba todavía anclada en la teoría del Derecho Penal de Policía, con una naturaleza eminentemente preventiva, frente al Derecho

²¹¹ FEUERBACH, P.J.A.: *“Tratado de derecho penal común vigente en Alemania”*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989. Pág. 65.

²¹² RODRÍGUEZ, L.: *“Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”*. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XI, 1987. Pág. 117.

²¹³ FEUERBACH, P. J. cit. CORDERO QUINZACARA, E: *“El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”*. Rev. derecho (Valdivia), dic. 2012, vol. .25, nº.2. Págs..131-157. *“¿Qué es lo que puede quedar en cuanto libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no son los tribunales, sino funcionarios de policía los que pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria ... a prisión?... la respuesta se encuentra en la pregunta”*.

criminal, referido a la lesión del derecho. De ahí la división tripartita que, desde el Código penal Bávaro de 1813, se mantuvo en el Código Penal Imperial de 1871, herencia a su vez de la codificación francesa²¹⁴, en la que se distinguen los “crímenes” (*Verbrechen*), sancionados con pena de muerte, reclusión o arresto en fortaleza por más de cinco años; “delitos” (*Vergehen*), sancionados con pena de arresto en fortaleza hasta cinco años o multa superior a 150 marcos; y “contravenciones” (*Uebertretungen*), sancionadas con pena de arresto hasta de 15 días o multa de hasta 150 marcos. Respecto de estas últimas, como señala el profesor NIETO, se abrió un tímido camino a la regulación administrativa, en tanto que la norma penal en blanco debía ser complementada con los correspondientes reglamentos de policía²¹⁵.

Desde el punto de vista procesal, tampoco tuvo éxito la pretensión de establecer un procedimiento inquisitorial para las contravenciones porque la Ordenanza Procesal Penal del Reich de 1 de febrero de 1877 consagró un proceso judicial común para todas las acciones punibles, si bien con especialidades en el caso de aquéllas. Pero también en este caso se abrió la posibilidad de evitar en determinados supuestos el proceso penal con la conformidad en vía administrativa de determinadas decisiones preliminares de carácter administrativo de naturaleza sancionatoria.

²¹⁴ FERNÁNDEZ MADRAZO, A: “*Derecho Penal: teoría del delito*”. 1ª ed. México, D.F. 1997. Págs 5 a 8.

²¹⁵ NIETO, A: “*Derecho administrativo sancionador*”. 3ª ed. Tecnos, 2002. Pág. 196.

El gran teórico del reconocimiento de la potestad administrativa sancionadora con carácter autónomo respecto de las contravenciones es, sin embargo, JAMES PAUL GOLDSCHMIDT, quien en el marco del *Sozialstaat*, como modelo de superación del Estado liberal, distinguió dos tipos de deberes cuyo incumplimiento podía llevar aparejada sanción: los que tiene el hombre como individuo, y aquellos que se le imponen como miembro de una comunidad. Los primeros se tutelan por el juez penal; los segundos, por la Administración Pública. Frente a los autores precedentes, que centraban el injusto en la lesión o puesta en peligro en los derechos, se consolida ahora el concepto del bien jurídico protegido²¹⁶, que puede ser individual o colectivo y, con él, la denominación de derecho penal administrativo para las conductas atentatorias contra estos últimos. Los bienes jurídicos individuales se identificarían así con los que el propio autor califica de bienes jurídicos primarios (que serían los que se lesionan o ponen en peligro en los delitos clásicos contra la vida, la integridad o la libertad del individuo) y el resto formarían parte de los bienes jurídicos secundarios, concebidos para la protección de aquéllos²¹⁷.

²¹⁶ En realidad, el concepto de bien jurídico proviene ya de BIRBAUM que, en 1834 utiliza por primera vez la expresión alemana “gut”, como el objeto protegido de la norma penal. Véase: CASTRO CUENCA, C.G.: “Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva”. *Dikaion*, Nº 15. Chía, noviembre de 2006. Pág. 204.

²¹⁷ CORDERO QUINZACARA, E: “Op. Cit”. “No obstante lo anterior, nuestro autor reconoce que esta separación no es absoluta, sino relativa, pues bien puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta en delito, como consecuencia de elevar a la forma de bien jurídico determinados bienes públicos, para mantener el orden jurídico”.

Con independencia de que GOLDSCHMIDT relativice su propia clasificación, al reconocer la posibilidad de que una infracción administrativa se convierta en delito elevando de categoría determinados bienes jurídicos para mantener el orden público, lo importante es que, en su teoría, cabe la existencia de una “*pena administrativa*” como potestad originaria de la Administración con perfiles propios de la sanción penal. Esta propuesta no consiguió, sin embargo, suscitar apoyos dogmáticos relevantes y, a pesar de los intentos de ERIK WOLF por darle fundamentos filosóficos sólidos, puede considerarse definitivamente superada a finales de la década de los años 30 del siglo pasado²¹⁸.

A partir de aquí, y hasta nuestros días, triunfarán las denominadas tesis formalistas de la infracción, que renuncian a ver diferencias sustanciales entre crímenes, delitos y contravenciones, para centrar la distinción en una mera cuestión de grado en la sanción que comportan. El gran exponente de esta teoría es ADOLF MERKL, quien desde una simple constatación histórica y de derecho comparado, evidencia la relatividad de la distinción entre infracción penal y administrativa para concluir que la configuración entre una y otra es una exclusiva decisión del legislador²¹⁹.

²¹⁸ CORDERO QUINZACARA, E: “Op. Cit”. “*Es en este periodo donde encuentra un fuerte respaldo en la obra de Erik Wolf, quien reconoció el carácter penal de estas infracciones, pero puso el acento en el diverso sentido valorativo que tenían con los delitos...Así nos dirá que se trata de una pena que llama al oden de forma enérgica y vigorosa, sin contener una desaprobación en contra de su autor*”. Wolf llega a afirmar, de manera expresiva, que el autor de una contravención no es socialmente dañoso o peligroso sino únicamente un “descuidado social”.

²¹⁹ MERKL, A: “*Teoría General del Derecho Administrativo*”. Comares, Granada, 2004. Págs. 347 y ss.

III.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.

Como indica el profesor NIETO, será al calor de la legislación especial, particularmente en materia económica y en época de guerra, cuando irán apareciendo auténticas infracciones y sanciones administrativas. Esta tendencia de imposición extrajudicial de sanciones se exacerbó en la época del nacionalsocialismo, en conjunción con la crisis económica que sirvió de caldo de cultivo a su propagación.

El *iter* despenalizador del que trae causa directa el vigente derecho administrativo sancionador alemán tendrá lugar tras la segunda Guerra Mundial. En este momento hay que distinguir dos corrientes complementarias para la culminación del proceso. Una, que se aborda desde el interior del derecho penal, destinada a no imponer pena a determinadas conductas tipificadas como delictivas debido a su irrelevancia. Y, por otra parte, la despenalización formal que acabó degradando a infracciones administrativas las infracciones penales más leves, excluyéndolas del propio Código Penal.

A) LA “ABSEHEN VON STRAFE”.

En cuanto a la primera de estas corrientes, hay que destacar a autores como WELZEL y, más tarde ROXIN, quienes en los años 50 y 60 del siglo pasado acuñarán la terminología de *Bagatelle Delikt*, para aludir a aquellas conductas cuya punibilidad resulta

injustificada por la escasa culpabilidad del infractor o la irrelevancia social del hecho. Se trata de una auténtica flexibilización de la rígida teoría del delito defendida por los penalistas clásicos y, por ende, de una renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, con reflejo normativo en la *Absehen von Strafe* (exclusión de la pena). Esta figura tuvo un primer antecedente en la reforma del Código Penal operada por la Ley de 28 de junio de 1935 y actualmente se regula en el parágrafo 60 del Código Penal alemán²²⁰. Permite al tribunal no imponer pena cuando ésta pudiera resultar desproporcionada, atendidas las consecuencias del hecho delictivo y con el límite de que la pena privativa de libertad prevista para la infracción supere el año de duración.

En el mismo sentido se expresa el parágrafo 153 del Código de Procedimiento Penal alemán. Cuando es objeto de procedimiento un delito menor y no exista interés público en ella, el fiscal puede dispensar de persecución con la aprobación del órgano jurisdiccional competente para conocer el proceso principal. Puede incluso prescindirse de la aprobación del tribunal cuando el delito menor no sea susceptible de una multa mínima incrementada y cuando las consecuencias de la ofensa sean mínimas.

²²⁰ Versión promulgada el 13 de noviembre de 1998. Literalmente: “*Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat*”.

B) LA DESPENALIZACIÓN FORMAL.

La corriente despenalizadora constituyó una reacción contra la hipertrofia penal propia del III Reich y, por otra parte, es un intento de dulcificar la precaria situación en que la segunda posguerra sumió a los ciudadanos alemanes, evitándoles agravar la postración derivada de la crisis económica subsiguiente con la imposición de penas. El primer hito relevante al respecto es la Ley de 26 de junio de 1949²²¹, para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía, en la que se establece una primera delimitación entre los delitos y las infracciones administrativas económicas donde todavía estaban muy presentes los criterios cualitativos.

La citada Ley de 1949 consideraba así que una infracción constituye un delito económico si lesiona el interés del Estado en su integridad y el mantenimiento del orden económico en su totalidad o en singulares ámbitos, bien porque por su extensión o repercusión sea susceptible de perjudicar la capacidad de rendimiento del orden económico estatalmente protegido, bien porque el autor manifieste menosprecio por éste, en especial por haber actuado profesionalmente con codicia reprobable o por su obstinada reiteración en las infracciones. En los restantes casos, se trataría de una infracción del orden administrativo.

A esta Ley, en periodo de normalización, le sucedió una segunda, de 9 de julio de 1954, por la que se operó una segunda simplificación excluyendo, particularmente, aquellos

²²¹ Conocida como “Wirtschaftsstrafverfahrgesetz”.

delitos que tenían que ver con una economía planificada (como por ejemplo las conductas de desabastecimiento)²²².

Por otra parte, con la Ley de 25 de marzo de 1952 sobre infracciones de orden²²³, se trasladó a todo el ámbito del derecho penal la distinción entre infracciones penales y administrativas, hasta ahora vigentes de manera exclusiva en el terreno económico. La pretensión fue la de evitar el bloqueo institucional de los tribunales de justicia, congestionados con un cúmulo creciente de procesos por infracciones menores, hecho que a su vez contribuía a la trivialización y el deterioro del mismo derecho penal. Tampoco era baladí ahorrar a los ciudadanos los lentos y enojosos trámites característicos del proceso penal, así como el carácter infamante que ordinariamente acompaña a las penas²²⁴.

Las dos normas citadas – las de 1952 y 1954 – utilizan un concepto de contravención en el que todavía perviven, a juicio de CERESO MIR, intentos de delimitación cualitativa con las infracciones penales. En efecto, aunque, en principio las contravenciones se delimitan por el criterio formal de tratarse de acciones conminadas simplemente con una sanción pecuniaria

²²² No obstante, la tipificación de delitos económicos sufre procesos recurrentes de revisión, como la que tuvo lugar en el 49º Congreso de Juristas Alemanes de 1972, sobre la base del informe de KLAUS TIEDEMANN, del que se derivarían importantes leyes reformadoras.

²²³ La denominada “Ordnungswidrigkeitengesetz”.

²²⁴ NIETO, A: “*Op. Cit.*”. Pág. 197.

(*Geldbusse*)²²⁵, en caso de sanciones mixtas, el artículo 2 de la Ley de 1952 y el 6 de la Ley de 1954, establecían un conjunto de reglas de naturaleza material para que los jueces y las autoridades administrativas pudiesen deslindarlas del delito²²⁶.

La operación despenalizadora afectó después a otros sectores del ordenamiento jurídico como el derecho marítimo, la sanidad alimentaria, la circulación, el urbanismo y el medio ambiente, hasta llegar a la aprobación de la Ley general de 24 de mayo de 1968, sobre los ilícitos administrativos, denominada *GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN* (en lo sucesivo, OWiG).

La OWiG no rompe todavía la conexión entre delitos e infracciones, tanto procesal como materialmente, pues hasta la reforma del Código Penal con la Ley de 2 de marzo de 1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*) siguió vigente la clasificación tripartita de las infracciones penales. Con esta ley los ilícitos penales quedan, por tanto, reducidos a “crímenes” y “delitos”.

La OWiG fue objeto posterior de dos grandes modificaciones: la que se operó por la Ley de 2 de enero de 1975, y la que le da la Ley de 19 de febrero de 1987, de donde trae causa la redacción vigente que pasamos a comentar en las líneas que siguen.

²²⁵ En el caso de la “multa penal” se utiliza el término “*Geldstrafe*”.

²²⁶ CERREZO MIR, J: “*Límites entre Derecho penal y administrativo*”. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1975. Pág. 167.

IV.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ALEMÁN. UNA PANORÁMICA GENERAL DE LA “GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN” (OWiG)²²⁷ .

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

OWiG es la norma federal, aplicable también los *Länder*, así como a las infracciones cometidas a bordo de buques o aeronaves bajo pabellón federal (secciones 2 y 5 OWiG) en la que, con carácter global, se sistematiza toda una completa y consistente teoría general de la infracción administrativa que tiene unas evidentes influencias del derecho penal.

Constituye un auténtico hito, digno de ser imitado, en el que se procura dar respuesta a las incógnitas suscitadas en el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien las infracciones y sanciones concretas deberán tipificarse por las leyes sustantivas, aprobadas y en vigor antes de la comisión de los hechos (principio de “*nulla poena sine lege*”, citado en alemán como “*Keine Ahndung ohne Gesetz*”, en los términos de la sección 3 OWiG).

Con el presupuesto anterior es aplicable la ley vigente en el momento de comisión de los hechos o de producción de la omisión sancionable que es, a su vez, el lugar donde deben

²²⁷ Ante lo limitado de mis conocimientos en la lengua alemana, utilizo la versión inglesa de la norma, contenida en la página oficial del Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor (BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ). http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/index.html

entenderse producidos. Es irrelevante, por tanto el momento de producción del resultado. Si los elementos fácticos son de tracto sucesivo, el régimen jurídico vendrá determinado por la ley que rija en el momento en que éstos se completen.

Las leyes que establezcan infracciones para un determinado periodo de tiempo serán aplicables a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque en el momento de imponer la sanción ésta se hubiera derogado, si bien la ley que opera la derogación puede establecer lo contrario (secciones 4, 5, 6 y 7 OWiG).

En la sección 19 OWiG se prevé el concurso de leyes, de modo que cuando un mismo acto es susceptible de ser tipificado por más de una ley, se impondrá exclusivamente la norma que prevea la multa superior. En caso de concurso de infracciones cada una de las multas se impondrá separadamente al infractor (sección 20 OWiG).

La sección 21 OWiG contempla el supuesto de que un mismo acto constituya infracción penal y administrativa. En estos casos, como es lógico, se advierte de la aplicación preferente de la norma penal, de modo que la sanción administrativa sólo cabe de no imponerse pena. No obstante es posible aplicar las *"consecuencias incidentales"* previstas por la norma administrativa (es decir, el posible comiso o destrucción de los elementos de la infracción).

La regla procesal de la prejudicialidad se encuentra en la sección 41 OWiG según la cual la autoridad administrativa ha de remitir

la causa a la oficina de persecución pública²²⁸ si existen indicios de que la infracción puede ser constitutiva de delito. Pero, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, existe también la obligación legal para dicha oficina de que, en caso de no iniciar procedimiento penal, se remita la causa de nuevo a la autoridad administrativa, con lo que se impone legalmente un deber de colaboración en estos aspectos inexistente en el derecho español, que resulta ser causa entre nosotros de no pocos supuestos de prescripción de infracciones por conflictos negativos de competencia.

B) CONCEPTO DE INFRACCIÓN. FORMAS DE COMISIÓN. SANCIONES.

B-1. Superando criterios cualitativos, la sección 1 OWiG define las infracciones administrativas como *"...acto antijurídico y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que faculta a su castigo mediante la imposición de una multa"*.

La subsección 2ª de la anterior sección aclara que puede haber antijuridicidad incluso si no se actúa de manera reprochable. Ello, sin embargo, no significa desconocer el principio de culpabilidad, como más adelante veremos, sino la mera advertencia de que, al tratarse de un acto ilícito, es posible acordar las denominadas *"consecuencias incidentales"* a toda infracción, incluso cuando no es posible sancionar al autor de los

²²⁸ Se trata del equivalente a nuestro Ministerio Fiscal.

hechos por prescripción de las acciones o por cualquier otra causa legal que lo impida²²⁹.

La más conocida consecuencia incidental de la infracción es la denominada "Confiscación" (*Einziehung*), que se regula detalladamente en las secciones 22 y siguientes OWiG como medida que permite, si una ley expresamente lo contempla, la apropiación de los elementos u objetos que sirvieron para la comisión de la infracción o de su equivalente monetario, en el caso de que aquéllos hayan salido de la propiedad del infractor, o hubieran sido consumidos por él. Es muy importante en estos casos la aplicación de la medida bajo el "principio de proporcionalidad" (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), de modo que deben buscarse alternativas menos gravosas, como dar instrucciones al propietario para la inutilización de los objetos o para su utilización de forma legal. La confiscación se produciría exclusivamente en caso de desatenderse las citadas instrucciones.

B-2. Aparte de las modalidades típicas de acción y omisión pura, se prevé la modalidad de "comisión por omisión", denominada "*Behegen durch Unterlassen*". Para ello quien observa la omisión ha de ser legalmente responsable en la evitación del resultado, o ser dicha omisión equivalente al cumplimiento de los elementos fácticos que constituyen la infracción (sección 8 OWiG).

La regla general es que sólo se sancionen las infracciones consumadas, pero la sección 13 OWiG permite también sancionar la tentativa (*Versuch*) si así se prevé expresamente

²²⁹ Sección 27: figura denominada "*Selbständige Anordnung*".

por ley. Se define la tentativa como *“...la realización de actuaciones encaminadas directamente a la realización de los elementos fácticos de la infracción”*²³⁰. Se prevé, sin embargo, la no imposición de la sanción *“Si el responsable renuncia voluntariamente a continuar la ejecución del acto o previene su consumación...”*. Incluso aunque la consumación no se produzca como consecuencia del desistimiento del responsable, serán suficientes *“...sus voluntarios y serios esfuerzos para prevenirla...”*.

B-3. Las sanciones pecuniarias se determinan en función de un mínimo y un máximo, que pueden superar las leyes especiales, graduándose según la gravedad del ilícito y las condiciones económicas del infractor y de forma que resulte en todo caso superior a la utilidad económica que la infracción ha supuesto para el responsable.

En el caso de las personas físicas, salvo disposición legal en contrario, la sección 17 OWiG establece un mínimo de 5 euros y un máximo de 1.000 euros. La sanción máxima en caso de comisión imprudente no podrá exceder de la mitad del máximo de la sanción prevista a la infracción cometida²³¹.

²³⁰ *Eine Ordnungswidrigkeit versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Handlung zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.*

²³¹ La pena pecuniaria administrativa puede, en caso de incumplimiento, convertirse en pena de arresto. No obstante, el arresto ha de decretarlo el juez a petición de la autoridad administrativa y no puede superar las seis semanas, o los tres meses, en el supuesto de diversas penas pecuniarias aplicadas con una sola decisión de condena.

C) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

C-1: La imputabilidad.

En coherencia con la teoría general del delito, también la infracción administrativa exige determinados presupuestos de imputabilidad o "requisitos de culpabilidad". Estos se encuentran previstos en la sección 12 OWiG.

En primer lugar, cuando el que comete el hecho infractor es menor de 14 años, los requisitos de imputación se remiten a los establecidos en la legislación de responsabilidad juvenil, concretamente a los establecidos en la primera frase de la sección 3 de la denominada "*Jugengerichtsgesetz*" (JGG). Según este precepto, la imputación sólo es posible *"...si al tiempo de cometer el acto (el menor de 14 años) ostenta un nivel de madurez moral e intelectual suficiente para entender la equivocación de su acto y conducirse a sí mismo en consonancia con tal entendimiento"*²³².

Aparte de la menor edad, la subsección 2ª de la sección 12 OWiG prevé como supuestos de inimputabilidad las oligofrenias o los desórdenes patológicos, sean de naturaleza cognitiva o emocional, que en el momento de la comisión del acto, incapacitan para comprender su ilegalidad o a actuar conforme a dicha apreciación²³³.

²³² Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

Son imputables tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Ambos tipos de responsabilidad se extienden a los terceros que actúan en su nombre, en los casos de representación legal o voluntaria (sección 9 OWiG).

Particular interés tiene la responsabilidad de las personas jurídicas, que se les aplica por el hecho propio y que, por tanto, no debe confundirse con la responsabilidad personal del que actúa en representación suya. Para que se dé esta responsabilidad, la sección 30 OWiG, exige que quien haya actuado en nombre de la entidad haya cometido una infracción *“...a resultas de la cual hayan sido violados deberes impuestos a la persona jurídica o la asociación o se haya producido o debido de producir su enriquecimiento...”*.

C-2: Formas de culpabilidad. Elementos excluyentes. Participación.

Las infracciones pueden cometerse con “dolo” (*Vorsatz*) o “imprudencia” (*Fahrlässigkeit*). Ahora bien, según la sección 10 OWiG, para la sanción de la imprudencia debe existir expresa previsión legal²³⁴.

Está previsto el error (*“Irrtum”*), tanto en su modalidad de error de tipo como en la de error de prohibición. En el primero de los

²³³ Literalmente: *“Nicht vorwerfbar handelt, wer bei Begehung der Handlung wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnens oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unerlaubte der Handlung einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln”*.

²³⁴ *Als Ordnungswidrigkeit kann nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht.*

casos, se desconocen los singulares elementos fácticos de la infracción: la consecuencia es que ésta no puede sancionarse con carácter doloso, aunque sí culposo. En el segundo supuesto, se desconoce la antijuridicidad misma del comportamiento y, por tanto, debe excluirse el elemento de la culpabilidad si no fue posible evitar el error (sección 11 OWiG).

La legítima defensa (*“Notwehr”*) tiene un tratamiento mixto en la sección 15 OWiG. En las subsecciones 1ª y 2ª es un elemento excluyente de la antijuridicidad (por tanto, más que excluir la culpabilidad, convierte el acto en lícito). Para ello, es necesario que se trate de evitar un ataque inminente e ilícito contra uno mismo o un tercero.

En la subsección 3ª se prevé sin embargo una “legítima defensa incompleta”, que sí sería causa de inculpabilidad. Ésta se produce a consecuencia de la turbación, el terror o el miedo.

El estado de necesidad (*“Rechtfertigender Notstandes”*) también tiene trascendencia exculpatoria, según la sección 16 OWiG. Para ello es necesario que alguien enfrentado *“...a un daño inminente contra la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro interés legal... actúe para evitar el peligro contra él o contra un tercero...si una vez sopesado los intereses en conflicto, en particular los intereses legales afectados y el grado de daño que se causa al agente, el interés que llevó a actuar compensa sustancialmente aquél que ha sido sacrificado. Esto se aplicará, sin embargo, sólo en la medida en que la actuación resulta apropiada para evitar el peligro”*.

Se dan asimismo reglas sobre la participación (*“Beteiligung”*), entendiéndose que cada uno de los coautores ha cometido una infracción, incluso si son exclusivamente las características personales de uno de ellos las que permiten su comisión. Esta regla, obviamente, no se aplica si dichas características convierten el ilícito en infracción penal. Asimismo, el hecho de que a uno de ellos no se le pueda imponer sanción, no comporta que los demás queden exonerados de ella (sección 14 OWiG).

D) REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN.

D-1: Prescripción de infracciones (*“Verfolgungsverjährung”*).

Según la sección 31 OWiG, no se puede sancionar ni ordenar consecuencias incidentales (salvo la confiscación a que anteriormente nos referimos) transcurrido el plazo de prescripción. De no establecerse nada en la ley especial, las infracciones prescriben a los tres años (en caso de una multa superior a 15.000 euros), a los dos años (si la multa excede de 2.500 euros, hasta los 15.000), al año (si la multa es superior a 1.000 euros, hasta los 2.500) y a los seis meses en el resto de los casos.

La prescripción comienza a computarse con la completa realización del hecho constitutivo de infracción, salvo que el resultado se manifieste con posterioridad, caso en que empezará a computarse en ese momento.

La prescripción se interrumpe por las causas establecidas en la sección 33 OWiG. Se trata de diversas actuaciones, judiciales o

administrativas, que tienen en común el necesario conocimiento de las mismas por el interesado (iniciación del procedimiento, examen judicial de éste o de algún testigo, declaraciones periciales etc).

En cualquier caso, toda interrupción provoca que el plazo de prescripción de la infracción comience de nuevo. Resulta, sin embargo, muy interesante la posibilidad de que, en determinados casos, no sean posibles sucesivas interrupciones. Esto ocurre, por ejemplo, en las infracciones de resultado en las que, comenzando a computarse el plazo prescriptivo con la producción de éste, se haya agotado por dos veces el plazo máximo de prescripción (subsección 3ª, segunda frase OWiG).

D-2: Prescripción de sanciones (*“Vollstreckungsverjährung”*).

Estos plazos se prevén en la sección 34 OWiG y son de cinco años (si la multa excedió de 1000 euros) y de tres años, en otro caso. Esta prescripción se interrumpe en los casos en que, por disposición legal, la ejecución no pueda ser comenzada o continuada; cuando se da una causa legal de suspensión o, en fin, cuando se acuerdan facilidades de pago (aplazamientos o fraccionamientos).

E) LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

La administrativización de las infracciones del orden puede decirse que todavía no ha llegado al campo procedimental, ya que la Administración está obligada a aplicar las reglas

generales de los correspondientes procedimientos judiciales. En efecto, la subsección 1ª de la sección 46 OWiG hace una llamada directa a aplicar "*mutatis mutandis*" las reglas sobre el procedimiento penal.

Los tribunales penales son, asimismo, competentes para el control de la actividad sancionadora administrativa, control que se ejerce de forma constante y muy relevante. En este sentido está prevista la intervención directa del juez penal en determinados y limitados casos, que igualmente es competente en casos de conexión objetiva y subjetiva, y que conoce con efecto suspensivo del juicio de oposición al decreto penal de condena.

Uno de los aspectos más llamativos que caracterizan el procedimiento administrativo alemán en la imposición de sanciones es la provisionalidad de que goza siempre la decisión administrativa, a salvo siempre del control judicial último. Por tanto, salvo que el sancionado se conforme con la sanción impuesta en vía administrativa, ésta no adquiere el rango de acto firme, hasta el punto de que, conforme a la sección 66, subsección 2ª, letra a) OWiG, la resolución administrativa sólo es ejecutiva si no se plantea contra ella recurso jurisdiccional – a diferencia de lo que establece al respecto el artículo 90.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que considera ejecutiva la sanción cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa.

Este mecanismo, sin embargo, tiene una contrapartida para el recurrente: según la sección 66, subsección 2ª, letra b) OWiG,

los tribunales penales no se encuentran vinculados a la sanción impuesta por la Administración, por lo que no rige para ellos el principio de prohibición de reformatio in peius. Por eso en dicho precepto, como requisito sustancial de la resolución administrativa sancionadora, se establece expresamente el deber de advertir que *"...en caso de recurso, se puede obtener un pronunciamiento más desfavorable para el interesado"*. Circunstancia que, sin duda, es coherente con este sistema de provisionalidad administrativa del acto y que, al mismo tiempo, se erige en un formidable argumento disuasorio a la hora de impetrar la tutela del órgano jurisdiccional competente.

BIBLIOGRAFÍA

WALINE, M: *"Traité de droit administratif"*. Sirey, París. 8ª ed., 1959.

MERKL, A.: *"Teoría General del Derecho Administrativo"*. Ed. Nacional, México, 1980.

FEUERBACH, P.J.A.: *"Tratado de derecho penal común vigente en Alemania"*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989.

MODERNE, F: *"Sanctions administratives et Justice constitutionnelle"*. Paris, 1993.

FERNÁNDEZ MADRAZO, A: *“Derecho Penal: teoría del delito”*. 1ª ed. México, D.F. 1997.

PARADA VÁZQUEZ, R: *“Derecho Administrativo”*. Marcial Pons, 1999.

NIETO, A: *“Derecho administrativo sancionador”*. 3ª ed. Tecnos, 2002.

SARRABAYROUSE, E.C: *“El sistema alemán de las contravenciones”*. Ed. “Ad-Hoc”, 1ª ed. Buenos Aires, 2011.