



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

Discrecionalidad y derecho administrativo sancionador

**Fundamentos y límites de la oportunidad del ejercicio
de la acción administrativa sancionadora**

Francisco José Rodríguez Pontón



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**

INDICE

INTRODUCCIÓN. Notas previas sobre la delimitación del objeto de la tesis y la justificación de su aproximación. (5)

1. Delimitación del objeto (5)
2. Justificación de la aproximación elegida (9)
3. Algunas premisas de fondo (12)

I. La presencia de dogmas y la formulación de una hipótesis (16)

1. Precisión conceptual previa: discrecionalidad y oportunidad (16)
 - A. Las razones de la distinción conceptual entre discrecionalidad y oportunidad (17)
 - B. Los términos de la distinción (18)
 - C. Aplicación de estas nociones a la potestad administrativa sancionadora y sus implicaciones en el planteamiento del objeto de estudio (19)
2. Un contraste. El desajuste entre afirmaciones teóricas y prácticas comunes (23)
 - A. Los planteamientos teóricos (27)
 - B. Algunos ejemplos de la práctica (31)
 - C. Una complejidad jurídica anunciada por la práctica (37)
3. Los datos del Derecho positivo: ¿Es reglado el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora? (39)
 - A. La legislación sectorial sustantiva (40)
 - B. La jurisprudencia (48)
4. La formulación de una hipótesis (55)
 - A. Contextos propiciadores del surgimiento y consolidación del dogma o presupuesto del ejercicio reglado de la potestad sancionadora (57)
 - B. Hipótesis para una construcción alternativa (61)

II. Norma y sanción: delimitaciones conceptuales y elementos normativos situados en la base de los problemas de efectividad de las normas sancionadoras (63)

1. La delimitación de las medidas sancionadoras frente a otro tipo de medidas (63)
 - A. Fuentes de la formulación de la distinción (64)
 - B. Las razones de la distinción (65)
 - C. Derecho y sanción (67)
 - D. Consecuencias en orden a la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (69)
 - E. Algunos supuestos que pueden quedar excluidos de la noción de sanción administrativa (70)
 - a. A la búsqueda del ensanchamiento de la *zona de certeza negativa* (70)
 - b. *Sanciones contractuales* y revocación de licencias (72)
 - c. Las sanciones disciplinarias (77)
 - d. Medidas de policía y reparadoras (81)
 - d.1 Medidas de policía (81)
 - d.2 Medidas reparadoras (85)
 - F. Algunas conclusiones provisionales (91)
 - a. Dificultades para una noción en positivo de *sanción administrativa* (91)
 - b. Noción de sanción administrativa y discrecionalidad (97)

- c. Vectores para una consideración integrada de las diversas medidas: su instrumentalidad, complementariedad, intercambiabilidad e interdependencia (98)
 - d. Gradualismo en el régimen jurídico aplicable (102)
 - e. *Entorno institucional* (104)
2. Algunos rasgos del Derecho de nuestro tiempo y su influencia en los problemas de efectividad de las normas sancionadoras (105)
- A. La inflación normativa y sus corolarios (105)
 - B. La falta de correspondencia entre la validez formal de las normas y su efectividad, un problema central del Derecho sancionador (110)
 - a. Precisiones terminológicas previas (110)
 - b. La constatación del fenómeno (111)
 - c. La relevancia contemporánea de la función simbólica de la norma sancionadora (114)
 - C. El uso creciente de mecanismos de flexibilización del rigor de las normas (118)
 - a. Las tolerancias administrativas (119)
 - b. Fenómenos convencionales en la aplicación de las normas (123)

III. Derecho Punitivo. Algunas claves del paso del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador (128)

1. El debate en el proceso penal. Primeras consideraciones sobre su trascendencia para el Derecho Administrativo Sancionador (128)
- A. Cuestiones centrales pendientes de resolución en nuestro Derecho Penal (129)
 - a. ¿Existe un concepto claro del llamado *principio de oportunidad*? (129)
 - b. ¿Rige enteramente el llamado *principio de legalidad* en nuestro proceso penal? (135)
 - B. Argumentos esgrimidos en favor de la aplicación del *principio de oportunidad* (143)
 - C. Límites presentes en la aplicación del *principio de oportunidad*. La *oportunidad reglada* (150)
2. La interacción entre el mecanismo sancionador penal y administrativo: su consideración como factor de respuesta ponderada (153)
- A. *Non bis in idem* Planteamientos globales tempranos, desarrollos problemáticos (154)
 - B. La transmisión de los hechos con posible trascendencia penal por parte de los órganos administrativos a la autoridad competente. Obligaciones y matices (157)
 - a. Los términos de la obligación de denuncia de los órganos administrativos (158)
 - a.1 En nuestro ordenamiento jurídico (158)
 - a.2 El caso francés (161)
 - b. La relevancia de la capacidad centralizadora de información de ciertas administraciones (165)
3. Factores y condicionamientos del paso del Derecho Penal al ámbito sancionador administrativo (169)
- A. Consideraciones generales sobre las particularidades de la aplicación en este punto de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador (169)
 - B. Del régimen del ejercicio de la acción penal al de la potestad sancionadora. En particular, los elementos comunes (172)

- C. Los elementos diferenciales. Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas y servicio a los intereses generales (178)
- D. Balance. El entorno institucional de las sanciones administrativas: sus roles en la determinación del grado de aplicación de los principios penales en lo relativo al ejercicio de la potestad sancionadora (182)
 - a. Fundamento (183)
 - b. Límite (187)
 - c. Punto de partida (188)

IV. Entorno institucional y potestad sancionadora. El caso de las autoridades administrativas independientes francesas (191)

1. Justificación y delimitación del sentido de esta incursión en Derecho comparado (191)
2. Pluralismo institucional y AAII (195)
3. Rasgos distintivos relevantes de las AAII (207)
 - A. El propósito de una aplicación no totalmente imperativa del Derecho (209)
 - B. La acumulación de funciones (213)
4. El puesto a ocupar por la potestad sancionadora en las actuaciones de las AAII (216)
 - A. Una potestad de creciente protagonismo (216)
 - a. El proceso de atribución legal de poderes sancionadores a las AAII (216)
 - b. Algunos datos relativos a la aplicación práctica de la potestad sancionadora por parte de las AAII (219)
 - c. Una muestra de la actualidad y de las tensiones generadas por el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAII: el impacto de algunas decisiones judiciales del año 1999 (222)
 - B. La paradoja de la disponibilidad de la potestad sancionadora por parte de las AAII (231)
 - C. La necesidad de formular una hipótesis: las AAII como campo idóneo de desarrollo de criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (234)
5. Discrecionalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAII (236)
 - A. La regulación legal (236)
 - a. Los datos del Derecho positivo (237)
 - b. Consideraciones sobre los resultados globales obtenidos a partir de los datos normativos (241)
 - B. La jurisprudencia (243)
 - a. La decisión de sancionar o no. El elemento del requerimiento en particular (244)
 - b. Breve referencia al aspecto del contenido de la sanción (252)
6. Algunas consideraciones respecto a la idoneidad del contexto institucional de las AAII (255)

V. Límites del ejercicio discrecional de la potestad administrativa sancionadora (261)

1. Fundamento constitucional (262)
2. Límites relativos a la autoridad titular del poder de elección (265)
 - A. La decisión normativa de la extensión de la potestad administrativa sancionadora (265)

- a. Perspectiva general. El rol principal del legislador (266)
 - b. Consideraciones sobre la potestad reglamentaria en el Derecho Administrativo Sancionador (270)
- B. Los márgenes de decisión a la hora de aplicar la normativa (274)
 - a. Valor de la presencia de criterios delimitadores (275)
 - b. Propuesta de criterios delimitadores (277)
 - b.1 Las Administraciones Independientes (278)
 - b.2 La proximidad al ciudadano (280)
- 3. Límites relativos a los sujetos afectados (283)
 - A. La posición de los denunciantes interesados (284)
 - a. La necesaria tutela de los terceros afectados (284)
 - b. ¿Derecho a obtener la sanción de un tercero? (286)
 - c. Retorno al concepto de sanción (290)
 - B. Los términos del necesario respeto del principio de igualdad (remisiones) (293)
- 4. ¿Existen límites relativos a la materia? (295)
 - A. Determinación del sentido de este criterio (295)
 - B. Los criterios propuestos (297)
 - a. La gravedad de las conductas (297)
 - b. La incidencia en los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (299)
 - C. Alcance de los límites en función de los criterios propuestos (303)
- 5. Límites relativos a las fases del procedimiento sancionador (304)
 - A. Desarrollo de las diversas fases (305)
 - a. Las actuaciones inspectoras previas al inicio del procedimiento sancionador (306)
 - b. Inicio, desarrollo y terminación del procedimiento (317)
 - c. Fases posteriores a la resolución del procedimiento sancionador (320)
 - B. ¿Existen motivos para preferir una o varias fases y modalidades sobre las demás? (324)
- 6. Límites relativos a la forma de la decisión: la coherencia de las actuaciones administrativas (328)
 - A. Identificación preliminar del contenido de este tipo de límites (328)
 - B. Algunas exigencias ineludibles en la base de estos límites y su contraste con las fuertes reticencias e inseguridades en relación a algunas de sus consecuencias (329)
 - C. Mecanismos concretos que permitan líneas de desarrollo firmes (332)
- 7. Límites relativos al control de las decisiones (335)
 - A. El control judicial (336)
 - B. Otros mecanismos de control y la efectividad de la responsabilidad de las autoridades públicas (338)

Conclusiones. El sentido de nuestra propuesta. (342)

Bibliografía citada (345)

INTRODUCCIÓN. NOTAS PREVIAS SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA TESIS Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU APROXIMACIÓN

Toda elección de tema y elaboración de tesis es siempre producto de la concurrencia de una pluralidad de factores que no necesariamente responden, al menos de forma absoluta, a la culminación de un camino racional de prospección sobre la disciplina y consiguiente selección del tema. No sería honesto dejar de reconocer que tal elección tiene mucho que ver con elementos como las preferencias personales sobre determinadas cuestiones, la influencia de determinadas lecturas realizadas en determinados momentos, el condicionante del idioma extranjero más conocido, etc.

Ahora bien, que ello sea cierto, no significa:

1. Ni que, pese a la influencia innegable de causas no ajenas al azar, el tema objeto de elección no pueda resultar efectivamente de interés y ser necesario y relevante su estudio, que así deberá ser objeto de un adecuado enfoque.

2. Ni que, por supuesto, una tesis no deba definir claramente qué pretende investigar, desarrollar y resolver.

Lo primero es algo sobre lo que en este momento poco se puede decir. Sólo con el desarrollo del trabajo, y en la medida en que éste ofrezca argumentos satisfactorios, se podrá demostrar el interés del tema escogido y sobre todo la utilidad y el acierto del enfoque adoptado, por mucho que quien escribe estas líneas esté firmemente convencido de ello y así lo pueda manifestar desde el principio.

Es sobre lo segundo sobre lo que sí deben decirse cosas ya en este momento, y ello tanto por lo que se refiere al objeto como al modo de aproximarse al mismo y a sus premisas de fondo.

1. Delimitación del objeto

En este momento, al menos en materia de Derecho Administrativo Sancionador y de discrecionalidad administrativa, es igualmente importante explicitar qué es lo que queda fuera de la pretensión de analizar en esta tesis que lo que queda incluido. Porque, en efecto, sobre

sanciones administrativas se ha escrito ya mucho. Pareciera que no queda nada por aportar en este campo. Por ejemplo, sería repetitivo hablar de los principios que deben informar la potestad y el procedimiento sancionador, de la influencia de los principios del Derecho Penal y de su concreción por parte del Tribunal Constitucional. No se espere, pues, encontrar aquí una exposición sistemática y detallada del régimen jurídico de las sanciones administrativas, porque de nada serviría repetir lo ya expuesto en muchas obras anteriores por parte de la doctrina¹. De la misma manera, no se debe esperar ver aquí un compendio de todo lo que se ha escrito sobre la discrecionalidad administrativa, su justificación, sus límites y su control jurisdiccional.

Dicho lo cual, una vez más hay que señalar que esto no significa:

1. Ni que todas las cuestiones implicadas en esos grandes temas estén definitivamente resueltas.

2. Ni que concretamente el Derecho Administrativo Sancionador no sea susceptible de enfoque y desarrollo desde una perspectiva que no sea la de recorrer descriptivamente su régimen jurídico.

Seguramente, además, no se trata de dos afirmaciones separadas, sino completamente relacionadas: es cuando se quiere reflexionar renovadamente sobre varios aspectos de la potestad administrativa sancionadora cuando se descubre que ciertos elementos que se creían resueltos quizá no lo estaban tanto o como mínimo cabría ponerlo en duda².

¹ Prescindimos también en este momento de enunciar un listado de obras sobre sanciones administrativas en general, porque, además de que el lector interesado ya las tiene presentes, dos razones más lo justifican: la primera, obvia, que ya irán apareciendo a lo largo del trabajo y por tanto en la bibliografía general. La segunda, que desvirtuaría la función de las notas a pie de página, cuya pretensión entendemos que debe ser la de aclarar o completar, consiguiendo al mismo tiempo no entorpecer la debida fluidez del texto, aspectos o matices del mismo con aportación de referencias concretas, precisas y oportunas.

² Por supuesto que este tipo de consideraciones no son patrimonio de un tema concreto como es el de las sanciones administrativas. Piénsese, por ejemplo, en el tema de la participación de los ciudadanos en la Administración Pública, donde ya todo parecía dicho, pero sobre bastantes de cuyos elementos centrales recaen serias reconsideraciones de enfoque que precisamente permiten avanzar y descubrir nuevas perspectivas, nuevos problemas y nuevos retos en sus aplicaciones. Ello sucede por ejemplo sin duda con ocasión del planteamiento de una manera de entender la participación en los procesos de concertación que sea capaz de ir más allá del presupuesto de unas preferencias por parte de los diversos actores definidas de una vez por todas desde el principio, proponiéndose así un proceso de construcción a través del diálogo no ya de la solución, sino también de tales preferencias. Reorientación que afecta al núcleo duro del concepto de participación: vid. De Munck, Jean y Lenoble, Jacques, "Droit négocié et procéduralisation", en Gérard, Philippe; Ost, François; Van de Kerchove, Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1996, especialmente pp. 181-184.

¿Qué es, por tanto, lo que se pretende en esta tesis? Se pretende dar respuesta a una pregunta: ¿Es necesario, y si lo es, en qué términos y con qué límites, desarrollar lo que se podría denominar de entrada (tiempo habrá de precisar conceptos) la apreciación de discrecionalidad o de oportunidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora?

En el primer capítulo habrá ocasión de explicar con más calma las razones de tener que formular tal pregunta; pero en un primer momento es conveniente recordar que comúnmente, aunque no siempre, se viene caracterizando el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas por su carácter reglado. Sin embargo, la realidad ofrece datos que resultarían inquietantes a la vista de tal punto de partida. Acuerdos, pactos, prácticas de tolerancia, advertencias o recomendaciones, actividad informal, anulaciones de denuncias a cambio de la realización de ciertas actividades, etc., son, en efecto, fenómenos cotidianos. Resultan evidentes los peligros a los que pueden conducir estas prácticas para las garantías de los ciudadanos; pero resultan también evidentes las dificultades que implica una aplicación rígida y ciega del carácter reglado de la potestad sancionadora en supuestos como los que se encuentran detrás de las prácticas indicadas. Constituye sin duda un reto plantearse la necesidad y los términos en que realidades como las mencionadas puedan dejar de ocupar un lugar al margen del Derecho, que es donde hoy parecen cómodamente, o incómodamente, según se mire, instaladas. Objetivo, pues, de juridificación en este terreno.

Por tanto, preocupación por el elemento de las garantías del ciudadano, por una parte, y por no dejar de lado la realidad, por otra, son dos de los polos entre los que tendrá que discurrir la tesis. He aquí, pues, muy brevemente expuesta, la cuestión que pretendemos abordar. Cuestión que se enfocará especialmente desde la perspectiva del ejercicio mismo de la potestad sancionadora, aunque se hará también referencia a otros aspectos implicados. Somos conscientes de la dificultad del tema, debida en gran parte al carácter controvertido a que da resultado la operación de sumar al sustantivo *sanción* el adjetivo *discrecional*. Por ello resulta necesario ya aquí dejar claramente sentadas dos premisas:

1. En primer lugar, como ya se ha apuntado y tendremos ocasión de detallar, si la realidad aconseja tal planteamiento, por controvertido que pueda resultar, éste debe ser abordado. El jurista no debe huir de la realidad por el pavor que le pueda producir una cuestión que a primera vista puede parecer escandalosa desde una perspectiva dogmática. Al contrario, su papel, entendemos, debe consistir en mantener un diálogo permanente con la

realidad que haga realmente útiles las construcciones dogmáticas, sin por ello perder el rigor del análisis. El problema, pues, si existe, debe ser afrontado con honestidad y rigor.

Aunque el tema deberá ser objeto de exposición más detenida en un momento posterior, resulta apropiado recordar ahora cómo desde el punto de vista de constituir un objeto de análisis doctrinal, la cuestión del ejercicio facultativo de la potestad sancionadora ha sido explícitamente aludida en la obra sin duda de referencia del Derecho Administrativo Sancionador en los últimos años, por Nieto, al decir que "En esta encrucijada de intereses, realidades y deseos irreales, no me siento con fuerzas para defender la abolición del principio de la oportunidad, pero sí considero imprescindible la imposición de ciertos límites a su ejercicio -al estilo de los que se apuntaron en la Introducción o ya existen en el Derecho alemán- *para cuya elaboración están convocadas naturalmente la doctrina y la jurisprudencia.* Y una vez que tales límites se hayan establecido, vendrá la cuestión del control de su respeto"³.

2. En segundo lugar, en contra de lo que inicialmente podría parecer, no es la intención de este trabajo, como se verá con calma, pasar a defender, sin más, la discrecionalidad (en intensidad y en la extensión de su ámbito) en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Más exactamente, el objetivo consiste en, dado que ciertos datos de la realidad parecen aconsejar un replanteamiento de la correspondencia absoluta entre Derecho Administrativo Sancionador y ejercicio reglado de las potestades, intentar ver hasta qué punto, en la medida en que resulte necesario, es posible defender y construir doctrinalmente la presencia de elementos de discrecionalidad o de oportunidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Incluso podría llegar a producirse el resultado de que, dada la amplitud de reflexión que implica necesariamente el planteamiento de esta cuestión, en realidad, allí donde se da con más intensidad la presencia de la discrecionalidad fuera en la adopción de medidas que, pese a presentarse algo imprecisamente como sanciones, no encajarían (o al menos así se podría proponer *de lege ferenda* para evitar las consecuencias negativas de ciertos equívocos conceptuales) estrictamente en ellas, sino en otro tipo de medidas. En fin, no es cuestión ahora de adelantar, ni siquiera de esbozar posibles conclusiones futuras del trabajo, sino simplemente de mostrar que de lo que se trata en esta tesis es de ver qué temas hay que revisar, qué teclas hay que tocar, si se quiere plantear con

³ Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 146 (la cursiva es nuestra).

honestidad y rigor la relación entre el principio de oportunidad y el Derecho Administrativo Sancionador, sin que se tenga que suponer que exista un sentido global de la respuesta condicionado por el punto de partida. En definitiva, la realidad de los hechos y el posible desbordamiento del campo de las sanciones administrativas⁴ obliga, creemos, a este tipo de reflexión.

Una descripción más precisa del objeto de estudio requiere una serie de matices que serán desarrollados más adelante y por ello es aconsejable detenerse en este instante.

2. Justificación de la aproximación elegida

La aproximación escogida para el estudio del tema mencionado anteriormente ha sido el enfoque general, y no el sectorial. Lo cierto es que el carácter general del enfoque no deja de plantear dificultades. Puede decirse, por ejemplo, que la dificultad, que veremos, de dar una respuesta clara a la pregunta de si realmente el ordenamiento jurídico atribuye facultades discrecionales a la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora deriva precisamente del carácter genérico de la pregunta. Así, podría parecer mucho más asequible responder a tal cuestión si ésta se centrara en un sector determinado, teniendo en cuenta además que uno de los actores determinantes de la respuesta, los tribunales, por naturaleza proporcionan soluciones centradas en supuestos concretos. Extendiendo la reflexión a un nivel más general, pero sin salir del ámbito de las sanciones administrativas, hay que recordar cómo un autor destacado en este tema, Rebollo Puig, indicaba en las notas preliminares de su estudio sobre la potestad sancionadora en el ámbito de la alimentación y su incidencia en la preservación de la salud, que la doctrina general del Derecho Administrativo Sancionador requiere "estudios de sus distintas manifestaciones concretas para no caer en abstracciones

⁴ Desbordamiento reconocido incluso en Francia, donde tradicionalmente se trataba de un campo más acotado. Vid. en este sentido algunos de los sintomáticos términos utilizados en el estudio adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado de 8 de diciembre de 1994 (Conseil d'État: *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, París, 1995), muy especialmente pp. 43-45 -"Un élargissement constant du champ des sanctions administratives"- y 69 -"un phénomène de multiplication et de diversification"- . Aunque, ciertamente, las dimensiones alcanzadas siguen siendo inferiores a las existentes en países como precisamente España: vid. p. 81 y Moderne, Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du "jus puniendi" de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, París, 1993, pp. 5-35.

imprecisas y no contrastadas en las muy diversas intervenciones de la Administración en que ésta cuenta con poder punitivo"⁵.

Estos argumentos son de peso. En efecto, la gran cantidad de previsiones sancionadoras del ordenamiento jurídico, en los más diversos y heterogéneos ámbitos sectoriales hace a priori difícil pensar en la viabilidad de una aproximación general realmente operativa y fértil. Se podría decir que tal aproximación sería inútil y peligrosa teniendo en cuenta que no toma en consideración las necesidades propias y específicas de cada sector en concreto.

No obstante, creemos que esta perspectiva crítica tampoco puede llevarse a sus extremos. Enfoque sectorial y enfoque de teoría general son dos polos en tensión que sin embargo, o que precisamente por serlo, se necesitan mutuamente⁶. Y si el enfoque sectorial es necesario, no menos necesario es, como ha destacado Nieto, afrontar el estudio de la parte general del Derecho Administrativo Sancionador. Este autor ofrece incluso un argumento sustantivo para adoptar esta perspectiva cuando afirma que "en aquellos países que cuentan con una Parte General, las relaciones jurídicas de represión son incomparablemente más seguras, más eficaces y más satisfactorias para los interesados que en los países donde tal sistema no se ha implantado. Y tanto mejor si esta Parte General cuenta con un texto normativo de calidad, como es el caso, tantas veces repetido, de Alemania e Italia. Aunque sólo fuera por esto, debiera insistirse en la elaboración de la Parte General del Derecho Administrativo Sancionador"⁷.

Que el camino va a estar lleno de dificultades es evidente, pero ello no debe descalificar de entrada el enfoque escogido. Y no lo debe descalificar porque tampoco sería exacto hablar de una elección en términos puros entre un enfoque de parte general y otro de parte especial o sectorial. Creemos que vale la pena insistir en que uno y otro no pueden prescindir de hacerse mutua referencia. Cuando una cuestión, como creemos que es el caso de la discrecionalidad y la oportunidad, suscita reflexiones de interés común que afectan en general al Derecho Administrativo Sancionador, está justificado mantener el debate a ese nivel general, y ello es viable en términos de relevancia y autonomía de estudio en una tesis.

⁵ Rebollo Puig, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989, p. 16.

⁶ El propio Rebollo añade un poco más adelante de las palabras antes señaladas que "lo particular sólo resulta comprensible visto desde lo general, pero lo general ha de formarse por abstracción de lo singular": Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, op. cit., p. 17.

⁷ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 21.

Ahora bien, eso no significa que se tenga que prescindir de referencias a casos concretos y que sin duda plantearán problemáticas específicas. Es precisamente el ir y venir de lo general a lo concreto (sea éste por vía de un análisis centrado en un sector o por vía de ilustrar varios supuestos) lo que enriquece el estudio y lo que puede hacer avanzar el tratamiento científico de un tema. De la misma manera que no tendría sentido pretender realizar un estudio general sin descender, sin "querer mirar" a casos concretos, tampoco lo tendría pretender lo contrario, centrarse en un sector sin ascender a la teoría general, tal como magníficamente ha demostrado el trabajo de Rebollo Puig⁸. Por tanto, pensamos que las dos aproximaciones son legítimas y viables siempre que se practiquen de forma abierta y matizada en relación una a la otra. En nuestro caso, creemos que el análisis y la construcción general es posible siempre y cuando no pierda de vista las particularidades que más que posiblemente se esconden tras el enormemente variado mundo de las sanciones administrativas. Es precisamente esta atención a ámbitos específicos -que no tienen porqué coincidir necesariamente con un sector material de actividad, sino que pueden referirse, por ejemplo, a los tipos de sanciones o de autoridades administrativas que intervienen en su imposición- la que dará lugar, en su momento, a la referencia más concreta al ejercicio de la potestad sancionadora de las autoridades administrativas independientes en Francia. Y es precisamente desde el enfoque general desde donde cabe detectar cuáles son o a partir de cuándo surgen las necesidades de establecer diferenciaciones y los criterios que deben regir tal operación de diferenciación.

Con todo lo indicado, complejidad del tema y extensión de su ámbito, la tarea que nos proponemos exige, como se ha señalado, rigor, pero también modestia. Hay que ser consciente de que será imposible resolver toda la problemática de forma definitiva, aunque sólo sea por el factor indicado de que el estudio no puede agotar el análisis de todos los sectores o ámbitos concretos de actuación administrativa, y que por tanto otras investigaciones y reflexiones serán necesarias. Es por ello que nos daríamos por satisfechos si este estudio, siguiendo la imagen expuesta por Nieto⁹, consiguiera el objetivo de realizar una jugada en esta

⁸ Nieto, en el comentario de las carencias en nuestro país acerca de la parte general del Derecho Administrativo Sancionador, comenta sobre el trabajo de Rebollo que al hilo de su exposición sectorial del consumo, "se ve obligado a remontarse a los conceptos generales del Derecho Administrativo Sancionador, de tal manera que ha terminado construyendo una auténtica Parte General" (Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 21).

⁹ "Sólo con el tiempo se llega hasta el fondo del viejo aforismo de *ars longa, vita brevis*. Y cabalmente, por

larga partida de ajedrez de manera que, y eso es lo realmente importante, la posición para el siguiente jugador pudiera ser un poco más ventajosa.

3. Algunas premisas de fondo

Toda tesis encuentra su sentido más profundo en ciertas concepciones que, a varios niveles, se tienen en determinados órdenes, en este caso, especialmente cercanos al ámbito jurídico-público. El desarrollo y el camino a través del que se llega a una y otras seguramente es completamente indisociable, de manera que nos parece idóneo ponerlas de relieve breve y explícitamente en estos momentos. Con ello pensamos que se suministra un instrumento útil de mejor contextualización y de valoración de las tesis que defenderemos, que quedan sometidas así a una mejor consideración.

Las concepciones mencionadas se refieren a varios planos, que son los siguientes.

En primer lugar, en el plano de la concepción del Estado, cabe recordar que ya se ha indicado que existe una correspondencia, por este orden, entre las dos facetas del constitucionalismo, Estado de Derecho y democracia, y el binomio de la obligatoriedad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal¹⁰. Creemos que el hecho de plantear directamente la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora por parte de la Administración, sacando a la luz sus fundamentos y límites, entronca claramente con la segunda faceta mencionada y sus corolarios, muy especialmente la responsabilidad, de graduable pero ineludible raíz política, de los poderes públicos.

No sin conexión con esta última implicación del primer plano, en un segundo plano, el relativo a las relaciones entre Administración Pública, política y Derecho, entendemos que condiciona y alimenta nuestra propuesta una autonomía de las instancias intermediarias y aplicadoras del derecho mayor de lo que está dispuesto como norma a reconocer el discurso

ello, hay que saber renunciar a las grandes ambiciones para concentrarse eficazmente en un objetivo alcanzable, aunque sea modesto. La ciencia del Derecho -y quizás todos los afanes científicos- deben entenderse como una interminable partida de ajedrez que va continuándose de generación en generación. Cada autor se encuentra con las piezas en una determinada posición, y, desde ella, ha de realizar en su vida una sola jugada -si es muy tenaz, quizá dos o tres movimientos- para ceder su puesto al siguiente. El secreto del buen jurista no es conseguir la victoria -que de ello no se trata-, sino de mejorar la posición que ha recibido" (Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 21).

¹⁰ Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 31-32.

jurídico-dogmático, y que pone de manifiesto asimismo la frecuente ambivalencia de la regla jurídica en la acción administrativa¹¹ y la utilidad de la ejecución selectiva¹².

Ello, a su vez, es inseparable del plano de los presupuestos metodológicos del análisis del Estado y de sus relaciones con la sociedad. Plano en el que nos encontramos más cerca de la pretensión de objetivar las técnicas y prácticas de poder, múltiples, irregulares, impuras..., que de la formulación de una teoría del Estado¹³.

Es, sin embargo, quizá en las concepciones del Derecho el plano con el que evidentemente el sentido de nuestro planteamiento frontal sobre la cuestión de los márgenes de decisión en el ejercicio de la potestad sancionadora interacciona en mayor medida y con mayor riqueza de matices. Entendemos que esta concepción es la que postula que el Derecho no es tanto un conjunto de reglas que hay que cumplir y aplicar mecánicamente con criterios de eficacia en el sentido de "*performance*", como parecen implicar ciertas tendencias en boga de *management*, como un sistema de institución de la sociedad, de establecimiento de los mecanismos que permiten constituir la misma. Más que estar, pues, ante una mera sucesión o acumulación de actos jurídicos, nos situamos en la perspectiva del Derecho como un instrumento de ajuste continuo que por encima de la sucesión acelerada de mandatos sitúa un elemento clave de la articulación de la comunidad como es la confianza, que debe ser revalorizada en todas sus variantes (buena fe, legítima confianza...)¹⁴.

No menos relevante en este mismo plano creemos que es la repercusión del tipo de análisis aquí efectuado sobre la caracterización de lo jurídico. Y ello en el sentido de potenciar la integración en el Derecho de lo uno y de lo múltiple, la capacidad de hacer propios los factores de desorden presentes en todo sistema, reconociéndose así la complejidad y el espacio que genera la pluralidad dialéctica de la racionalidad jurídica. Integración de un desorden inspirado por el orden que se alimenta de lo indefinible y esencial de aquello que resulta

¹¹ Vid. sobre estas cuestiones, por todos, Chevallier, Jacques, *Science administrative*, PUF, París, 1994, pp. 266 ss. y 475 ss y Serverin, Lascoumes y Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, París, 1987, pp. 148 ss.

¹² Vid. por todos Mény, Yves y Thoenig, Jean-Claude, *Las políticas públicas* (traducción de Salvador del Carril), Ariel, Barcelona, 1992, pp. 184-185.

¹³ Vid. Serverin, Lascoumes y Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles...*, op. cit., pp. 146-148.

¹⁴ Vid. sobre todas estas reflexiones de la concepción del Derecho Ost, François, *Le temps du droit*, Éditions Odile Jacob, París, 1999, pp. entre otras 17, 72 ss. y 171-175.

equitativo o justo¹⁵. Aceptación de la asimetría que obliga a no predicar el mismo régimen jurídico de realidades o situaciones diversas.

Es en el marco de esta capacidad de integración de lo complejo y de lo flexible¹⁶ que resulta especialmente importante situar el estudio de la discrecionalidad llevado a cabo aquí en el espacio intermedio entre lo imperativo y lo no imperativo, entre lo externo y lo interno a la Administración, lógica alternativa a la binaria al final de cuyo camino se encuentra la regulación en un sentido estrictamente jurídico, como capacidad y necesidad de adaptación de lo general a lo singular¹⁷.

Al final de este recorrido que pone el énfasis en la capacidad irrenunciable de adaptación a las circunstancias con todo lo que de ello se desprende, se encuentra también una concepción del rol del Derecho en la sociedad. Concretamente, si hablamos de la necesidad de superar la ideología de la legalidad¹⁸, la concepción dogmática de la obligación mecánica de aplicar las normas y señaladamente a través de instrumentos coactivos, postulando en cambio la necesidad y conveniencia de plantear vías alternativas según las circunstancias del caso, estamos hablando en definitiva de los límites del Derecho. Contra lo que se pudiera deducir de algunas tendencias actuales de tratamiento de problemas sociales, éstos no se pueden pretender resolver seriamente de modo íntegro a través del Derecho¹⁹.

Nuestro deseo es que análisis como el presente ayuden a situar mejor este elemento decisivo para la resolución de los problemas sociales, que son por definición de responsabilidad compartida.

¹⁵ Vid. Rouyère, Aude, "La dispense en droit public: l'"un" et le "multiple"", *Droits*, nº 25, 1997, pp. 87-90. Vid. sobre la clave del entendimiento también en lo jurídico de la noción de juego como espacio dialéctico y su correspondencia con el sentido de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Van de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, París, 1992, pp. 120-121, entre otras. Y sobre la dialéctica entre orden y desorden, vid., en la misma obra, pp. 105 y 213 y la obra de los mismos autores *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, París, 1988.

¹⁶ Sobre cuyo protagonismo en el Derecho posmoderno ha expuesto reflexiones claves Chevallier, "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", *Revue du Droit Public*, 3/1998., pp. 671-682.

¹⁷ Vid. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF, París, 1997, pp. 188 y 199, entre otras.

¹⁸ Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 5-8.

¹⁹ Es imprescindible la consulta sobre estos temas de Chevallier, *Science administrative*, op. cit., pp. 260-262 y *L'État de droit*, Montchrestien, París, 1999, pp. 133 ss.

...Porque, ¿y si finalmente, como ha dicho un autor básico en la sociología del Derecho que citaremos varias veces, la solución razonable estuviera en cada uno de nosotros, en una mayor sobriedad en el uso del Derecho?²⁰

²⁰ Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve. République*, Flammarion, París, 1996, p. 114, a propósito del problema de la inflación de las normas, a comentar en nuestro capítulo II.

I. LA PRESENCIA DE DOGMAS Y LA FORMULACIÓN DE UNA HIPÓTESIS

La necesidad de dedicar una tesis a un tema cualquiera requiere que éste sea relevante, y ello derivará normalmente de la existencia de algún problema a resolver. En nuestro caso, pensamos que este problema viene en gran parte dado por la existencia de ciertas afirmaciones dogmáticas que plantean no pocas dificultades para un estudio realista y riguroso del tema que nos ocupa. Esta situación requerirá formular una hipótesis.

1. Precisión conceptual previa: discrecionalidad y oportunidad

Antes de pasar a desarrollar los elementos que muestran la presencia de un dogma y la necesidad de formular nuestra hipótesis es necesario realizar alguna precisión conceptual previa. Siendo el objeto del presente trabajo la discrecionalidad y el Derecho Administrativo Sancionador, y dejando para un momento posterior la complejidad de cuestiones que se encuentran tras el intento de aclarar el concepto de sanción administrativa, éste parece el momento adecuado para realizar tales precisiones en relación a la discrecionalidad y a la oportunidad de las que se ha hablado hasta ahora sin intención de ser precisos.

Se maneja habitualmente de manera indiferenciada los términos *discrecionalidad* y *oportunidad*, también en el ejercicio de la potestad sancionadora. Y es que sin duda ambos términos tienen mucho en común, remiten a consideraciones paralelas. Dicho de una forma breve, se trataría de pensar en los problemas que plantea el hecho de que la Administración tenga un margen de decisión en el ejercicio de la potestad sancionadora teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular ante el que se encuentra. Pero, superada esta etapa de presentación casi intuitiva del problema a la vista del desarrollo de la práctica administrativa, se hace necesario trazar la distinción mencionada.

A. Las razones de la distinción conceptual entre discrecionalidad y oportunidad

Antes de proceder a exponer su contenido, creemos que no resulta ocioso justificar la necesidad de la distinción. Dicha necesidad se podría poner en duda desde dos puntos de vista opuestos:

a. En primer lugar se podría objetar que no hay razón de dar lugar a una distinción entre dos términos tan próximos como son discrecionalidad y oportunidad. Si ambos remiten a problemas comunes, ¿para qué trazar una distinción que podría calificarse de artificial?

b. En segundo lugar, se podría objetar, que no hay razón para la distinción cuando de lo que se acostumbra a partir es de los binomios oportunidad/legalidad y potestad discrecional/potestad reglada.

Creemos que no resulta difícil responder a estas dos posibles objeciones. En cuanto a la primera, es sin embargo ciertamente complicado ahora agotar el contenido de la respuesta, ya que sólo cuando se compruebe efectivamente en qué consiste la distinción se podrá negar que resulta artificial. Baste, pues, de momento, adelantar que jurídicamente es relevante tener en cuenta la distinción, que no se trata de un mero juego conceptual, sino que puede introducir variaciones importantes en el modo de plantear la cuestión central objeto de nuestro trabajo, y coadyuvar a la obtención de respuestas más matizadas, como se verá.

En cuanto a la segunda, hay que recordar que si bien es cierto, como además veremos, que se debe partir de los pares de conceptos indicados, eso no implica que discrecionalidad y oportunidad pertenezcan a mundos separados. Sus conexiones son evidentes, y el riesgo de identificación total, también. De ahí el interés en someterlos a una comparación explícita. No se debe olvidar que, precisamente, no es extraño ver deficiones clásicas de la discrecionalidad cuyo contenido apela a la oportunidad. Así, se ha dicho que el poder discrecional no sería sino "el poder de apreciar la oportunidad de las medidas administrativas"²¹. De modo que la potestad discrecional se encuentra, según este planteamiento, estrechamente unida a la oportunidad porque consistiría en la libre apreciación de la oportunidad de una decisión²². Y si

²¹ Definición de Hauriou que tomamos de Dubisson, Michel: *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, París, 1957, p. 37. Vid. también Delvolvé, Pierre, "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", en VVAA, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, París, 1988, p. 271.

²² Dubisson, *La distinction...*, op. cit., pp. 37-38.

el poder discrecional es esencialmente el de poder apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, este poder es discrecional, siguiendo con tal concepción, porque el juez administrativo no es juez de oportunidad, correspondiendo la apreciación de ésta enteramente a la Administración²³. Aunque, como ya veremos, este tipo de definiciones no dejan de formar parte de una determinada concepción doctrinal, lo cierto es que resulta difícil dejar de reconocer en él una forma de razonar atractiva por su simplicidad: oportunidad, discrecionalidad, margen de decisión en el que los tribunales no deben entrar, parecen términos claramente correlativos. ¿Es lo mismo entonces discrecionalidad y oportunidad? ¿Siempre que existe juicio de oportunidad existe discrecionalidad? ¿Y viceversa? ¿Por qué ambos términos forman entonces parte de binomios diferentes?

Conviene, pues, no demorar más la explicación, que será más clara si se completa con los otros dos términos del par de binomios mencionados, la legalidad y la potestad reglada. Intentaremos llevarlo a cabo, sin tampoco excedernos del espacio de una precisión conceptual previa, con la ayuda de algunos estudios clásicos del Derecho administrativo francés²⁴.

B. Los términos de la distinción

La oportunidad es la cualidad de una medida que conviene, según una apreciación subjetiva y variable, a una situación concreta de tiempo, de lugar o de circunstancia. Se trata de una noción independiente de las obligaciones jurídicas y de su control: la Administración Pública puede disponer sobre la oportunidad de una medida, pero también, por ejemplo, la ley, el legislador. Esta oportunidad, fundamentalmente, puede referirse a: a) la decisión de actuar o de abstenerse, b) la elección, entre las medidas disponibles, de la que se va a tomar.

La legalidad es la cualidad de una medida que respeta la regla establecida por la regulación jurídica (norma legal o jurisprudencial). Se trata de una noción que confiere valor jurídico a una medida. La legalidad puede implicar fundamentalmente: a) una obligación de

²³ Tomamos esta exposición de Di Qual, Lino, *La compétence liée*, LGDJ, París, 1964, p. 57.

²⁴ Concretamente, las ideas que siguen se han expuesto con los materiales de las obras citadas de Dubisson y Di Qual, y además, de las dos siguientes: Bockel, Alain, "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration", *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1978; y Timsit, Gérard, "Compétence liée et principe de légalité", *Recueil Dalloz*, 1964.

actuar o de actuar en un determinado sentido, b) una autorización o facultad de actuar o no, o de adoptar una medida concreta con una libertad en cuanto a su objeto.

La potestad reglada existe cuando el ordenamiento jurídico impone a la Administración la decisión a tomar reunidas las condiciones definidas. Así, la Administración no dispone de una libertad de apreciación por lo que se refiere a la oportunidad del acto o de su objeto. Hay para la Administración una ausencia de libertad en la adecuación de la decisión a las circunstancias concretas, dado que la potestad reglada consiste en la obligación de tomar una sola decisión.

Finalmente, la potestad discrecional designa la libertad de apreciación en ausencia de determinación del ordenamiento jurídico. Esta libre apreciación puede recaer en la oportunidad de la medida. La Administración dispone de una facultad discrecional cada vez que su conducta no viene dictada por una regla de derecho. Aquella debe elegir en función de las circunstancias particulares, y ello en dos momentos: a) al hilo de la decisión sobre su intervención misma, b) al hilo de la adopción del contenido de su decisión. No hay en estos casos una obligación jurídica de actuar o de tomar una decisión concreta.

Teniendo este sencillo esquema conceptual claro, ya es posible plantear de manera más rigurosa el objeto de nuestro trabajo desde el punto de vista de la discrecionalidad y de la oportunidad. De entrada, cabe explicitar la aplicación de estas definiciones en el Derecho Administrativo Sancionador y su trascendencia en cuanto al mencionado objeto.

C. Aplicación de estas nociones a la potestad administrativa sancionadora y sus implicaciones en el planteamiento del objeto de estudio.

En el campo de las sanciones administrativas, podemos aplicar estas nociones de la siguiente manera:

La oportunidad designa si: a) la decisión misma de sancionar, o b) la decisión de imponer una sanción determinada, convienen a un caso particular. Por ejemplo, ¿es oportuno sancionar tal incumplimiento de tal norma?, o ¿es oportuno sancionarlo con una multa?

Si el ordenamiento jurídico deja una libertad de elección a la Administración en cuanto a estas decisiones, estaremos ante una potestad discrecional. En cambio, si el ordenamiento jurídico impone una sola decisión, habrá potestad reglada.

Se puede decir, pues, que la discrecionalidad de la Administración puede referirse a:

1. Solamente la decisión de sancionar o no.
2. Solamente la decisión del contenido (o del tipo) de la sanción.
3. La decisión de sancionar o no y asimismo la decisión del contenido (o del tipo) de la sanción.

La Administración Pública podrá apreciar en base a consideraciones de oportunidad la adecuación de estas decisiones a las circunstancias del caso particular.

En el primer caso, puede elegir entre la acción y la falta de acción (en definitiva, dejar de perseguir la conducta ilegal mediante técnicas de advertencia, intimación, etc.) una vez constatada la existencia de un incumplimiento susceptible de ser sancionado. En este aspecto centraremos prioritariamente nuestra atención.

En el segundo, puede elegir, entre diversas sanciones posibles según la reglamentación jurídica, la más adecuada a las circunstancias.

En el tercer caso las dos elecciones resultan posibles.

Simplemente nos quedaría añadir que al hablar de discrecionalidad entendemos ésta en un sentido amplio, incluyendo en general los márgenes de apreciación que se hallan presentes en la aplicación de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*²⁵, cuya presencia no es, como es bien sabido, considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contraria en sí misma al principio de legalidad²⁶.

²⁵ Coincidimos así en este sentido, frente a la tesis de la única solución posible, con la delimitación inicial del trabajo de De Palma del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 25. Especialmente a tener en cuenta aquí es la obra de Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, por ejemplo p. 129. Sobre la polémica doctrinal existente en este aspecto vid. García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 217 ss. y su comentario de la obra de Beltrán de Felipe en ella citada. Es básico también el punto de vista crítico de Estévez Araujo, José A., "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pp. 117-121. A modo de contrapunto puede verse Sáinz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 303 ss.

Vid., por último, una panorámica completa del tema y su evolución en Alonso Mas, M^a José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 1998, pp. 274 ss.

La indeterminación natural del lenguaje de las normas tiene mucho que ver con este aspecto: vid. por todos Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, por ejemplo pp. 102, 205 y 213 y la STC 120/1996, de 8 de julio, FJ 8.

²⁶ STC 151/1997, de 29 de setiembre, FJ 3. Vid. también la STC 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 3.

Las precisiones conceptuales efectuadas influyen directamente en la manera de plantear nuestro objeto de análisis. ¿Cuáles son las preguntas que ya con precisión se deben intentar responder en relación a la potestad administrativa sancionadora? La pregunta no parece que deba ser si existe un juicio de oportunidad en el establecimiento de sanciones administrativas. Éste, naturalmente, existirá siempre, ya que, desde el momento en que éstas van a formar parte del ordenamiento jurídico, alguien deberá siempre decidir si es o no oportuno, por ejemplo, sancionar una determinada conducta. Siempre que una determinada cuestión debe ser regulada, inevitablemente, desde el momento en que tal regulación implica realizar una elección, deben ser realizados juicios de oportunidad, sean éstos más o menos explícitos. El problema más bien se centraría en saber si, dado que nuestro objeto de estudio es el ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora, ese juicio de oportunidad lo debe o lo puede llevar a cabo tal sujeto, la Administración Pública.

Concretemos el desarrollo de este planteamiento a partir de un supuesto determinado para favorecer la sencillez de la exposición. Ante un primer incumplimiento por parte de un ciudadano de una norma que ha entrado recientemente en vigor ¿es más oportuno iniciar en todo caso un procedimiento para sancionarlo o, a la vista de las circunstancias, poder optar también por advertirlo y recordarle sus obligaciones para que no vuelva a incurrir o no persista en su incumplimiento? Si se entendiera que es a la Administración a quien debe corresponder la realización de este juicio en cada caso, entonces lo que se está planteando es el tema de la discrecionalidad. Porque para que la Administración pueda apreciar la medida que resulta oportuna a las circunstancias debe gozar de una libertad o de un margen de apreciación que se ha dado en llamar justamente discrecionalidad: el ordenamiento jurídico no impone la decisión única a tomar. El juicio de oportunidad llena de contenido el ejercicio de la potestad discrecional. El acto volitivo tiene lugar en uso de facultades discrecionales conferidas por la norma²⁷. Por tanto, las consecuencias conceptuales de las precisiones realizadas pueden enunciarse de dos maneras.

En el plano *de lege data* si queremos saber si la Administración puede apreciar la oportunidad de sancionar o bien de advertir, tendremos que saber si el ordenamiento jurídico atribuye o no una potestad discrecional a la Administración en el ámbito de que se trate.

²⁷ Vid. en nuestra doctrina Mozo Seoane, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 265, entre otras.

- En el plano *de lege ferenda* o simplemente de reflexión teórica, al margen de lo que concretamente disponga el ordenamiento jurídico en vigor, si queremos por ejemplo defender que ningún sujeto es más apropiado que la Administración para apreciar si es más oportuno sancionar o advertir, deberemos tener en cuenta que ello pasaría necesariamente por la existencia de una potestad discrecional.

O dicho de otra forma, el ser y el deber ser. Sucede, sin embargo, con cierta frecuencia, que el mundo del ser (en este caso, el de las normas jurídicas existentes en un momento y lugar determinados) no se nos aparece claro y nítido, sino que, para conocerlo, debe ser interpretado. Operación de interpretación en la que es difícil evitar la entrada de apreciaciones del deber ser (en este caso de una determinada concepción doctrinal, por ejemplo). Y, en efecto, no otro parece el caso ante el que nos hallamos.

En principio, pues, el planteamiento de la cuestión en nuestro tema sería el siguiente. Dado el ordenamiento jurídico vigente, para saber si la Administración, en el ejemplo propuesto, puede optar por sancionar o advertir, debe analizarse si tal ordenamiento atribuye o no con carácter discrecional a la Administración la potestad sancionadora. Una vez constatado esto se podría pasar a emitir, en su caso, un juicio crítico acerca del margen de actuación de la Administración Pública.

Con este esquema la estructura del estudio a realizar, pues, constaría de dos grandes bloques. Un bloque más analítico del ordenamiento jurídico vigente para averiguar si o en qué medida atribuye con carácter discrecional o no el ejercicio de la potestad sancionadora a las Administraciones Públicas y un bloque crítico acerca de si el juicio de oportunidad debe o no pertenecer a éstas y de su contraste con el primer bloque.

Sin embargo, veremos que no es tan sencillo proceder de este modo. Para ello, y dado que no es éste el momento de agotar la exposición de este punto, simplemente vamos a recordar que para concluir si hay o no una potestad discrecional, se debe estar ante una ausencia de determinación del ordenamiento jurídico. Y éste comprende la ley, pero también otras fuentes, como, de manera relevante, la jurisprudencia. En cuanto a la ley, además, habrá que considerar que ésta no es sólo lo que dice, sino también por ejemplo lo que no dice. La norma, se ha dicho, tiene la propiedad fundamental de ser, a la vez, escritura, palabra y silencio, y el problema puede ser saber cómo funciona el silencio de la ley²⁸. En ocasiones,

²⁸ Timsit, Gérard, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, París, 1995, p. 96.

como veremos, no será fácil averiguar si la ley, dada su redacción, atribuye en un campo determinado facultades discrecionales, cualesquiera que éstas sean ahora, a la Administración. Por ejemplo, si la ley dice que la Administración "podrá" sancionar la comisión de unos determinados hechos, ¿ello implica siempre, y en su caso en qué grado, una libertad de elección entre sancionar o advertir?

Habrá entonces que fijarse en la doctrina sentada por los tribunales. Pero se puede intuir que difícilmente la jurisprudencia podrá dar una respuesta acabada a tal problemática, y si ello es así, es más que probable que la conclusión dependa, aunque esto es una hipótesis que habrá que verificar, de una operación interpretativa en la que muy posiblemente influirá la concepción de fondo sobre la conveniencia o no de que la Administración cuente con la facultad de valorar la oportunidad de la actuación sancionadora.

Es en cuanto a esta concepción de fondo, pues, que deberán articularse la mayor parte de las reflexiones sustantivas. Pero esa apelación a concepciones de fondo no quiere decir que se dé paso a soluciones arbitrarias. Esas reflexiones tendrán que respetar en primer lugar las reglas constitucionales, y tendrán que hacer un esfuerzo máximo por obtener resultados a partir del análisis de las restantes normas y de los entornos institucionales de cada situación. Por tanto, como todo proceso interpretativo, se tratará de una tarea cuyas conclusiones podrán ser graduables y discutibles, pero que no debe nunca olvidar la necesidad de rigor en la construcción de argumentos que conduzcan a esas conclusiones.

Es en el marco de esta reflexión en el que podemos hablar en un sentido global, en cuanto al objeto del trabajo, de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ya que tal enunciado puede contener el razonamiento sobre la idoneidad de que la Administración decida sobre la oportunidad de tal ejercicio. En todo caso, éste es el contexto que habrá que tener presente cuando a lo largo del trabajo se mencionen los "criterios de oportunidad o de discrecionalidad".

2. Un contraste. El desajuste entre afirmaciones teóricas y prácticas comunes

Decíamos en las primeras líneas de este trabajo que la realidad exige llevar a cabo la reflexión que aquí nos proponemos, que el jurista no debe nunca olvidar los desafíos, por incómodos que puedan ser, que los hechos plantean. No nos parece, en efecto, una postura

responsable pretender mantener a ultranza la vigencia de un dogma, sea cual sea, a espaldas de la realidad, bien sea simplemente ignorándola, bien sea refugiándose en la postura que proclama la necesaria adaptación de la realidad a la teoría si ambas no se corresponden.

Es cierto que en muchas ocasiones lo que se produce, efectivamente, es un desajuste entre la teoría y la práctica a causa de negligencias, vicios, desviaciones, corruptelas y todo un largo etcétera de comportamientos que en definitiva vendría a expresar el poco cuidado o simplemente la falta de voluntad de aplicación recta de una norma o de un sistema²⁹. Y no es ajena tampoco a la labor del jurista, dentro de su ámbito, la tarea de poner de manifiesto tales prácticas y proponer, si es necesario, métodos para erradicarlas. Pero que esto, en consonancia con la imperfección de la naturaleza humana, sea así, no creemos que autorice a dejar de lado la otra perspectiva del problema. Cuando la realidad, pese a todo lo que se le pudiera reprochar desde una cierta perspectiva dogmática, es terca o invariable, no parece ningún despropósito pensar que alguna razón de fondo habrá para que sea así. Y si ese motivo de fondo existe, tampoco debe parecer un despropósito dirigir entonces la mirada, no sólo a los aspectos de disfuncionamiento de la realidad -que seguro que los hay- sino también, por qué no, a ese impecable esquema teórico que se considera vulnerado y atacado hasta extremos intolerables.

Ante un desajuste entre la teoría y la práctica siempre caben al menos dos posturas. La primera, ignorar las razones que puedan encontrarse en la base de la realidad de los hechos y predicar simplemente su intolerable separación de los dictados de los esquemas teóricos, sin casi darse cuenta (o sin dar siquiera importancia, lo cual es mucho más grave) de que su alejamiento progresivo puede ir creando una brecha cada vez más profunda que podría hacer insostenible la situación.

La segunda, tomar conciencia del problema e intentar conocer las causas de tal desajuste examinando y sometiendo a crítica los dos polos de la relación, teoría y práctica, para poder encontrar vías de solución. Ya hemos dicho que solamente esta última nos parece una postura responsable³⁰. De ahí la importancia de entender bien el lugar a ocupar por la doctrina en el

²⁹ Vid. sobre varios fenómenos de incumplimientos y desviaciones de normas y decisiones Nieto García, Alejandro: *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, por ejemplo en las pp. 88-98 y 180-185.

³⁰ No podemos dejar de tener en cuenta las palabras de Nieto sobre esta cuestión de actitud ante la discordancia entre teoría y realidad: "La discordancia entre la realidad y el marco teórico es de tanto bulto que nadie puede negarla. Pero ante ella pueden adoptarse actitudes muy distintas. Unos se aferran al esquema y,

espacio entre la realidad socio-histórica y la norma y en la elaboración de construcciones teóricas necesarias para un diálogo crítico con la jurisprudencia³¹.

Hasta ahora se ha hablado de un desajuste, en términos muy genéricos, y quizá algo imprecisos, entre, por una parte, la teoría, el dogma, el sistema o la norma, y por otra parte, la realidad, la práctica, los hechos. Momento es ya de, profundizando en las ideas expresadas en las primeras páginas, concretar tal discurso genérico en el tema que nos ocupa. ¿Qué es lo que queremos transmitir con este planteamiento en cuanto a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora? Pues, básicamente, y en unos términos que iremos perfilando progresivamente, lo siguiente. En el Derecho Administrativo Sancionador existe:

1. Una afirmación teórica, más exactamente, como veremos, un dogma asumido³², de que en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no cabe discrecionalidad relevante alguna por parte de la Administración. Las previsiones sancionadoras incluidas en las diversas normativas reguladoras de los más variados ámbitos de la realidad deben ser aplicadas de modo absolutamente reglado.

Al lado de esta primera afirmación, de gran peso en nuestros días, no deja de situarse otra diametralmente opuesta, la consistente en definir el poder sancionador administrativo, *per se*, como un poder discrecional o regido por puros criterios de oportunidad.

2. Una práctica, la aplicación de las normas por parte de la Administración, que muestra, día tras día, que el ejercicio reglado o automático de la potestad administrativa

considerando que las normas jurídicas sólo operan en el mundo del deber ser y no del ser, sostienen que el Derecho no tiene que rendir cuentas a la realidad y que, por tanto, en caso de distonía, ¡peor para la realidad! Otros -entre los que me atrevería a incluirte [en referencia a Tomás-Ramón Fernández]- consideran que el sistema es sustancialmente correcto y que las discordancias son meras anomalías de funcionamiento, que entre todos debemos corregir. Y otros, en fin (entre los que yo me cuento), consideramos que si el sistema choca con la realidad, es aquél quien se rompe y que nuestro deber de juristas es el de constatarlo, tirar afuera los restos inútiles e ir formando otro que sea capaz de superar durante algún tiempo la gran prueba de la vida. Lo que afirmo aunque me acusen de sociologismo y de tratar de empañar la pureza ontológica de las normas": Nieto García, Alejandro y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 251. De acuerdo con lo expuesto en el texto, creemos que la tercera postura, si bien debe resultar, por ser tradicionalmente desatendida, especialmente potenciada, no es tampoco incompatible con la segunda.

³¹ Vid. el prólogo de Francisco Rubio Llorente al libro de Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, especialmente pp. XVIII-XIX y XXV.

³² Sobre los orígenes históricos y efectos de algunos dogmas, de ciertos "mitos jurídicos" en nuestro Derecho Administrativo, sigue siendo de gran utilidad la lectura del trabajo de García de Enterría, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998 (reproduciendo la edición de 1974, que a su vez reproducía sustancialmente el original de 1955), especialmente, desde una perspectiva general, pp. 23-26.

sancionadora predicado por la primera afirmación no se produce, y que, lo que es más importante, responde a una lógica que no se produzca, es decir, que hay razones de fondo para que la práctica no siga a la teoría presentada en los anteriores términos³³. Obsérvese que en este segundo bloque hay dos momentos diferenciables: primero, la constatación de que los hechos no concuerdan con el planteamiento teórico mencionado, y segundo, que ello obedece a razones de fondo que obligan a replantearse algunas cuestiones. Ciertamente, la clave se sitúa en el segundo, ya que es el que obliga a plantear y discutir abiertamente el problema de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, el objeto mismo de este trabajo.

Lo mismo creemos que resulta aplicable a la segunda afirmación teórica: la realidad también muestra que no siempre ni necesariamente la aplicación de las sanciones administrativas responde a criterios de discrecionalidad, y sin que falten asimismo razones para ello.

3. Existe también un derecho positivo que forma parte de la realidad y que también debe ser incluido en esta operación de contraste. Porque, sin perjuicio de reconocer la complejidad y diversidad de las variables implicadas en la cuestión, es muy legítimo y necesario preguntarse si esa falta de correspondencia entre las afirmaciones teóricas y la práctica no encuentra en definitiva una primera causa en la (no-) consideración de lo que dicen y no dicen las normas. Por paradójico que pueda parecer como resultado final, si en el mundo jurídico un dogma llega a ser tal, ya no lo será tanto por la desconexión entre la afirmación teórica y la práctica como por la deformación de lo dispuesto por las normas, que acaba también incidiendo en la percepción de la práctica. No es poco lo que se juega en ello la doctrina, puesto que precisamente su cometido específico es el de sistematización del derecho, a través de procedimientos de interpretación, de definición, de clasificación o de elaboración de

³³ Y ha de quedar claro que esto no forma parte de un aspecto marginal del panorama general de la potestad administrativa sancionadora. No es casualidad que Suay Rincón advirtiera, en un apartado dedicado a analizar los "rasgos característicos del poder sancionador de la Administración", constatando el contraste entre la poderosa dotación de poderes represivos de la Administración y la ineficacia de tal poder sancionador, que "hay algo en este sector del ordenamiento que va mal, que no termina de funcionar. El mundo de la realidad y el del Derecho discurren por caminos distintos": Suay Rincón, José: *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 29.

construcciones o teorías, lo cual debe permitir una presentación ordenada y coordinada de los diversos textos normativos, con sus afirmaciones y omisiones³⁴.

Todo ello anuncia la complejidad y variedad de cuestiones que esa perspectiva implica, y que por tanto no se podrán agotar en este capítulo introductorio. Por contra, sí que parece adecuado dedicar algunas consideraciones más detenidas a cada uno de los tres bloques mencionados.

A. Los planteamientos teóricos.

En un plano genérico, y sin perjuicio de reconocer que se trata aquí de cuestiones que hay que matizar y precisar según intentaremos más adelante, no cabe duda de que en la actualidad existe un planteamiento teórico mayoritariamente aceptado, diríase que sobreentendido³⁵ y por ello a menudo no explicitado, consistente en excluir las facultades discrecionales del ámbito del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Toda consideración genérica favorable a la introducción de elementos de discrecionalidad en la actuación sancionadora de la Administración resultaría así rechazada de modo rotundo, considerada contraria al desarrollo de esta actividad de acuerdo con las exigencias garantistas que presiden su régimen jurídico y su estudio doctrinal³⁶. De modo que apelar a la discrecionalidad implicaría una regresión a pasadas épocas de ejercicio abusivo de la potestad

³⁴ Sobre el papel de la doctrina en la sistematización del derecho, sus procedimientos, su articulación con las funciones de legislador y juez en el mismo plano y sus nuevas perspectivas, Van de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le système juridique...*, op. cit., pp. 117-132.

³⁵ En la actualidad, "se admite pacíficamente que en este ámbito [el sancionador] no existe discrecionalidad alguna en manos de la Administración": Mestre Delgado, Juan Francisco, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en VVAA, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. III, p. 2527. "Sabido es que desde el punto de vista de la dogmática jurídica el derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, está sujeto al principio de legalidad (art. 25 de la Constitución) y su efectiva aplicación no debe quedar entregada a criterios de discrecionalidad ni a razones de oportunidad política": Calvo Rojas, Eduardo, "Los tribunales de justicia y la inactividad de la Administración en materia sancionadora", *Jueces para la democracia*, 2/1991, pp. 66-67.

³⁶ Vid. por ejemplo la rotundidad de la siguiente afirmación: "En modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración" (García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999, p. 186). Dicha afirmación se realiza, sin embargo, al hilo de la cuestión de la acción popular, tema ya más concreto que tendremos ocasión de comentar en el capítulo V.

administrativa sancionadora³⁷. La actividad sancionadora debe ser, pues, totalmente reglada, según este primer planteamiento, afirmación que, como veremos, es a menudo especialmente recogida de forma rotunda por la jurisprudencia³⁸. Insistimos en que el alcance de estas afirmaciones deberá ser precisado, pero creemos que no resulta imprudente extraer ya una consecuencia genérica de este planteamiento: la Administración, a la hora de ejercer el poder de sancionar que el ordenamiento en múltiples ocasiones le atribuye, no puede apreciar, no debe poder apreciar, la oportunidad de su actuación a la vista de las circunstancias particulares ante las que se encuentra. Este es el contenido de lo que acabaremos calificando como un dogma.

Sin embargo, los dogmas difícilmente se limitan a uno de los dos extremos posibles de una cuestión. Y así, frente a este dogma, forzoso es reconocer que se puede alzar, y de hecho se ha alzado, incluso anteriormente, otro de signo contrario, el consistente en dar por descontado, como algo tradicionalmente sostenido, el carácter discrecional del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora³⁹.

Dicha afirmación genérica tiene varias fuentes posibles. Destacaremos dos.

La primera, a la cual seguramente no es ajena la consideración "tradicional" de esta afirmación, es la tesis de la existencia de un derecho subjetivo de la Administración Pública al referirse a su potestad sancionadora, con todo lo que ello conlleva⁴⁰. Tesis expuestas en un

³⁷ En efecto, hay que tener en cuenta aquí que un hipotético reconocimiento de facultades discrecionales en el Derecho Administrativo Sancionador sería contrario al sentido de la necesaria evolución de éste según lo percibe de modo muy extendido nuestra doctrina, evolución ligada a la consolidación de las garantías del ciudadano sujeto pasivo del ejercicio de la potestad sancionadora, en contraposición a su precaria situación en anteriores épocas. Limitación casi absoluta de actuación del poder público y garantía del ciudadano son percibidos como elementos correlativos. Una muestra clara de ello se encuentra en la siguiente afirmación: "[...] el Derecho Administrativo Sancionador aparece como rudimentario [...] conserva los delitos de resultado y la responsabilidad objetiva; es un Derecho Represivo Preconstitucional. Esta tendencia ha sido corregida por una jurisprudencia progresiva que ha declarado que la ausencia de una parte general no puede ser interpretada como la concesión de una total discrecionalidad represiva, sino que la laguna legal debe integrarse por los principios generales del Derecho Penal": Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo: *Derecho Administrativo Sancionador*, EDERSA, Madrid, 1995, p. 113.

³⁸ Recordemos una vez más que aquí se trata de aludir a la aproximación general del tema, ya que, como se verá, en ciertos aspectos puntuales la doctrina, por ejemplo del Tribunal Supremo, ha sido distinta. Precisamente ese carácter genérico de la aproximación va ligado con la condición de afirmación de principio.

³⁹ Gómez Puente, Marcos: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 399: "En atención al carácter discrecional de la potestad sancionadora, tradicionalmente sostenido, se ha venido admitiendo la libertad de la Administración para sancionar o no las infracciones y también, en lógica coherencia, para incoar o no el procedimiento previo correspondiente".

⁴⁰ Vid. Zanobini, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924, pp. 50, 166 y

contexto jurídico-político y dogmático⁴¹ radicalmente diverso al actual, como se desprende de la simple consulta de las fechas de las obras en las que aparece, y del cual no pueden separarse.

La segunda fuente es la consideración de la discrecionalidad como nota característica distintiva del ámbito administrativo, en bloque, frente al penal⁴².

No creemos que sean necesarios mayores esfuerzos para mostrar que los datos de la realidad, tanto los derivados de la práctica diaria como del panorama normativo y jurisprudencial, no reflejan, no ya, por supuesto, un pretendido derecho subjetivo, sino tampoco una tal discrecionalidad sin más matices. Por muy relevantes que sean, que lo son, como veremos, los datos de entrada de márgenes de opción en el ejercicio de la potestad sancionadora, ello no puede hacer olvidar tampoco la frecuente aplicación "normal" de las previsiones sancionadoras tan pronto como se detecta un supuesto que encaja en ellas.

Por tanto, pensamos que no se puede tachar de injusto o arbitrario el hecho de situar en el punto de partida de las reflexiones que a partir de ahora llevaremos a cabo el primero de los dogmas si se tiene en cuenta además que en el contexto actual es el prevalente, al menos desde el punto de vista de las preocupaciones iusadministrativistas de mantener un equilibrio entre

168. En contra explícitamente de esta tesis, innecesaria, así, para defender la renuncia a la aplicación de la sanción, Lorenzo, Susana, *Sanciones administrativas*, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 1996, pp. 18-19. En nuestra doctrina, Montoro Puerto, Miguel, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pp. 88 ("en el ámbito del ordenamiento administrativo la idea de sanción puede jugar de tal forma que la pena, es decir, la sanción, constituye para la Administración un derecho subjetivo [con remisión a la obra de Zanobini] y por ende susceptible de ser ejercitado o no, frente a cuanto sucede en el ámbito penal, en el que, la pena, necesariamente ha de ser impuesta"), 288, 337 y especialmente 342 ss.

⁴¹ Vid. un apunte reciente, por ejemplo, sobre las importantes diferencias de planteamiento sistemático de Zanobini en relación a Giannini en Sordi, Bernardo, "Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2000, pp. 1026-1027. Menciona las carencias de contexto administrativista en el análisis de las sanciones en los años en que Montoro Puerto publica su obra, Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 15-16.

⁴² Vid. por ejemplo Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, (obra por lo demás de inestimable valor para discusiones centrales de nuestro objeto de trabajo, como se comprobará en el capítulo III) p. 104 -"tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*" (la cursiva es del autor)-y en el mismo sentido Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 210. Vid. también Gómez Iniesta, Diego José, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 315 -que comenta la mayor idoneidad de las sanciones penales, "aplicadas a partir de la actuación neutral de los jueces y Tribunales, sometida a los principios de legalidad procesal, imparcialidad e independencia, frente a la discrecionalidad en la persecución de las infracciones administrativas por la Administración"-

garantías y eficacia, y que discutirlo no tiene que implicar, ni mucho menos, la defensa del dogma contrario, como hemos sostenido.

Como ya hemos dicho, que el dogma del carácter reglado sea el hoy dominante, viene claramente condicionado por la reacción frente al régimen jurídico que caracterizaba en el pasado a la potestad administrativa sancionadora, deficiente desde el punto de vista de las garantías del ciudadano⁴³. Que el régimen jurídico de las sanciones administrativas fuera antes de la Constitución sin duda distinto al posterior no impide, por otra parte, que sigamos considerando como un dogma la afirmación de la doctrina anteriormente referida acerca de la discrecionalidad absoluta en su aplicación. El hecho de que se tratara de fundamentar en alguna medida tal afirmación del carácter facultativo de la sanción en datos del derecho positivo⁴⁴, no impide, creemos, considerarla como un dogma, especialmente si tenemos en cuenta que ya antes de la Constitución era posible poner en duda su contenido, como ya se ha apuntado en torno a ciertos avances jurisprudenciales⁴⁵. El carácter rotundo de la afirmación del carácter facultativo de la potestad sancionadora (al igual que en la actualidad de la afirmación del carácter reglado sin más) hace intuir además de entrada su carácter de dogma, en una cuestión que, como veremos, se presta poco a afirmaciones tan tajantes y genéricas, como por lo demás es habitual en el mundo del Derecho.

Pues bien, continuando con la afirmación de la imposibilidad de la Administración de apreciar la oportunidad de su actuación sancionadora, lo cierto es que no faltan razones de fondo para llegar a formularla. Ya no se trata, como ha quedado indicado anteriormente, de que toda apelación a la discrecionalidad se asocie a épocas anteriores con escasa presencia y respeto de garantías del sujeto pasivo del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Además, hay que reconocer que en un campo, como es el sancionador, que, ya en un marco

⁴³ Así, Suay Rincón destaca entre los avances de la jurisprudencia del TS pertenecientes a la etapa preconstitucional precisamente el de considerar, a efectos de control judicial, la actividad sancionadora de la Administración no como discrecional, sino como "actividad jurídica de aplicación de normas": Suay Rincón, *Sanciones...*, op. cit., p. 164. Posteriormente ensayaremos la explicación con algo más de detalle de las causas del triunfo de la afirmación absoluta del carácter reglado.

⁴⁴ Reflejado, comenta Montoro Puerto, en el art. 18 de la entonces vigente Ley de Orden Público, al utilizarse la forma verbal *podrán* en relación a la sanción de los actos contrarios al orden público por parte de las autoridades gubernativas (Montoro Puerto, *La infracción...*, op. cit., pp. 288 y 343).

⁴⁵ Además, por limitados y genéricos que pudieran ser en un contexto más falto de garantías en general, ciertos límites siempre existen. El propio Montoro Puerto indicaba, por ejemplo, que pese a la discrecionalidad en el orden sancionador "una vez resuelta [la Administración] a imponer la sanción deberá ajustarse a las normas de procedimiento y demás aplicables al caso en cuestión" (Montoro Puerto, *La infracción...*, op. cit., p. 344).

constitucional que sitúa los derechos fundamentales en primer orden, repercute negativamente en la esfera de los ciudadanos, la actuación administrativa debe regirse por un escrupuloso respeto a la igualdad en la posición de los mismos, resultando especialmente problemáticas en este tipo de actividad administrativa las diferencias de trato. En efecto, no parece a priori fácil defender que la Administración, en virtud de consideraciones de oportunidad, por ejemplo sancione y deje de sancionar, respectivamente, a dos ciudadanos ante la comisión de una misma conducta. Y no debe olvidarse que el peligro de las prácticas poco respetuosas con los derechos más elementales de los ciudadanos no desaparecen por la sola vigencia formal de unas normas distintas a las de una época pasada.

No es éste, sin embargo, el momento de exponer y discutir los argumentos sustantivos a favor o en contra de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Tiempo habrá para ello. Lo que debe retenerse ahora es que, por consideraciones sobre todo ligadas a las garantías del ciudadano, tradicionalmente en los últimos años se han aceptado de forma bastante pacífica determinadas afirmaciones doctrinales, aunque no sin matices en varios casos que veremos, y jurisprudenciales, aunque no sin quiebras que también veremos, en el sentido de que no cabe una presencia relevante de la discrecionalidad en aspecto alguno del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Y que tanto ésta como la afirmación anteriormente aceptada sobre el carácter facultativo del mismo suelen formularse sin demasiados matices y sin excesiva preocupación por establecer con claridad sus fuentes. Esto es, tal como intentamos demostrar, constituyen un dogma.

B. Algunos ejemplos de la práctica

Es necesario dirigir por unos momentos la mirada a las prácticas cotidianas de la actuación administrativa para contrastarla con la afirmación teórica antes mencionada y comúnmente aceptada de que la Administración no debe ceder a consideraciones de oportunidad cuando de una actividad tan delicada como es la de imponer o no sanciones se trata. Para ello hemos creído útil tener en cuenta una serie de ejemplos, extraídos de la prensa diaria, para ilustrar lo real y cotidiano de las actuaciones que no concuerdan con tal afirmación. Ni que decir tiene que el conjunto de casos considerados no tiene ninguna pretensión de exhaustividad, ni siquiera de una supuesta representatividad de los sectores en

los que se puedan dar tal tipo de prácticas en un mayor o menor grado (aunque sí es cierto que se puede observar por ejemplo que el del tráfico y seguridad vial es sin duda uno de los que más riqueza de supuestos proporciona). Tal pretensión debería ir acompañada de otro tipo de estudio, sociológico quizá, que no es el momento ahora de llevar a cabo. Con los ejemplos detallados en nota a pie de página se trata simplemente, como hemos dicho, de ilustrar una situación determinada, ilustración que por otra parte no habrá que alargar más de lo necesario, puesto que una vez vistos a cualquiera resulta fácil recordar o imaginar muchos otros supuestos perfectamente equivalentes.

Los supuestos tomados en consideración⁴⁶ muestran una rica variedad de actuaciones. En ellos es posible observar: decisiones de aplicar una normativa vigente desde hace varios años

⁴⁶ Estos son los casos concretos seleccionados (En negrita señalamos los titulares):

1. *El País* de 4 abril 1995: "**Sanciones a los amos de perros que ensucien**. La Guardia Urbana de Barcelona empezó a aplicar ayer la ordenanza municipal que prevé sancionar con multas de entre 2.000 y 25.000 pesetas a los dueños de perros que no recojan las heces que sus animales dejen en la calle. Antes de aplicar esta ordenanza, que data de 1980, el Ayuntamiento ha distribuido gratuitamente 50.000 pinzas especiales para recoger los excrementos". El tema, sin embargo, es recurrente: en *El País* de 21 junio 2000 se recoge una información sobre la exhaustiva campaña "para que los perros no ensucien los parques de Barcelona" del distrito del Eixample.

2. *El País* de 9 mayo 1996: "**Esplugues conmutará las multas por daños en la vía pública por trabajos comunitarios**. [...] Aquellas personas que cometan algún acto vandálico contra el mobiliario público o ensucien las paredes de Esplugues de Llobregat podrán librarse de pagar la sanción correspondiente si voluntariamente acceden a pagar su acto con trabajos a la comunidad. El Ayuntamiento ha decidido poner en práctica este sistema de conmutación de pena, siempre y cuando los transgresores de la ordenanza de Convivencia Ciudadana y Uso de la Vía Pública reconozcan su responsabilidad".

3. *La Vanguardia* de 17 agosto 1996: "**Sitges cierra diez años de tolerancia hacia el nudismo con multas de hasta 25.000 ptas**. El Ayuntamiento de Sitges ha emprendido en los últimos días una serie de actuaciones contra los ciudadanos que practican el nudismo en sus playas urbanas, mediante la imposición de multas de 25.000 ptas. basándose en una ordenanza local que data de 1943. La pequeña cala Balmíns [...] es el escenario en el que, desde el 15 de julio, se viene produciendo el insólito hecho de ver a los auxiliares de playa multar a los allí instalados". En el resto de la información se hace referencia a los motivos alegados por el Ayuntamiento, relacionados con el "incremento de quejas que se han recibido por parte de vecinos de la zona y bañistas" y a la coincidencia entre la tolerancia y la persecución del nudismo con la llegada al poder municipal de fuerzas políticas de distinto signo.

4. *La Vanguardia* de 4 octubre 1996: "**Ensuciar las calles y paredes de Badalona puede costar 25.000 pesetas al infractor. La tercera ciudad de Cataluña quiere dejar de ser una de las más sucias y eleva las sanciones para quienes vulneren las ordenanzas** [...] El incremento de las sanciones y la modificación de las actuales ordenanzas, vigentes desde 1992, vendrán acompañadas de otras medidas: En adelante la Guardia Urbana recibirá instrucciones específicas de cumplir y hacer cumplir esas normas. Además se prevé habilitar un grupo de funcionarios destinados específicamente a velar por su desempeño. El motivo es obvio: pese a que estas ordenanzas, con algunas variaciones, vienen de antiguo, hasta hoy, ni un solo ciudadano de Badalona ha sido sancionado por tirar al suelo un papel. Y las calles están llenas. Hay 1.200 papeleras para 200.000 metros de

calles. [...] "En los próximos meses -asegura este concejal [responsable del área de vía pública]- haremos una campaña de concienciación e iremos a las escuelas a explicar qué es lo que no debemos hacer en las calles. Pero luego actuaremos sin contemplaciones".

5. *La Vanguardia* de 3 diciembre 1996: "**La limitación a los grandes camiones en las rondas comienza sin grandes controles.** Restricciones pero sin perder las formas. A partir de las 6 de la mañana de hoy martes empiezan las limitaciones a los camiones de gran tonelaje en las rondas de Dalt y Litoral de Barcelona. No habrá impunidad, pero tampoco habrá rigor excesivo en el control. La Guardia Urbana de Barcelona empezará a aplicar las normas de restricción con criterios "selectivos", según informó ayer la concejal de Vialidad y Seguridad, Carme San Miguel. Esta selectividad significará tolerancia para los camioneros que demuestren que van o vienen de Barcelona o su área metropolitana. [...] Transportistas y Ayuntamiento mantendrán durante al menos tres meses, negociaciones para establecer los mecanismos de control sobre los grandes camiones "en tránsito", aquellos que no tienen por qué pasar obligatoriamente por las rondas barcelonesas".

Sobre el mismo tema, *La Vanguardia* de 4 diciembre 1996: "**La presión de los camioneros convierte la restricción en las rondas en un apaño ineficaz.** [...] La nueva reglamentación que limita el tráfico de camiones de gran tonelaje entró en vigor a partir de las 6 de la mañana. A las 8.30 la Guardia Urbana instaló controles en la ronda de Dalt, concretamente en el acceso número 11 de esta vía (Diagonal). A lo largo de toda la jornada, los agentes desviaron un total de 112 camiones. No hubo multas. La policía local, de acuerdo con el pacto alcanzado entre el Ayuntamiento y los transportistas, tiene órdenes, en los primeros días de aplicación de la nueva norma, de informar pero no sancionar a los infractores. En la ronda Litoral, donde la aplicación de las restricciones ha quedado en suspenso hasta que municipio y transportistas acuerden cómo y de qué forma se aplicará la nueva normativa, el tránsito de camiones fue el habitual. Todo ello, pese a que en el tramo donde se aplicará esta restricción (entre Prim y Morrot) se han instalado señales que, de acuerdo con el código de circulación, deberían significar la prohibición expresa para circular. Los camioneros del área metropolitana han entendido el mensaje: vía libre".

Finalmente, y nos detenemos más en este supuesto dada la importancia y variedad en sí y en su evolución, de aspectos implicados, también sobre este tema, *La Vanguardia* de 11 diciembre 1996: "**Barcelona multará a partir del lunes a los camiones de gran tonelaje que usen las rondas.** La próxima semana, multas. El Ayuntamiento de Barcelona anunció ayer que a partir del lunes sancionará a los camiones de más de 20 toneladas que circulan por los tramos prohibidos de las rondas, es decir, aquellos que pasen entre las salidas 24 (Prim) y 19 (Morrot) de la ronda Litoral, y entre las salidas 1 (Trinitat) y 11 (Diagonal) de la ronda de Dalt. Desde que estas restricciones de tráfico entraron en vigor el pasado día 3 de este mes, el Ayuntamiento se ha limitado a informar y desviar tráilers que la policía detectaba en las rondas. La permisividad municipal obedecía tanto a una lógica de dejar un plazo de adaptación a los camioneros como a un pacto expreso con ellos. "El Ayuntamiento está siendo permisivo, tal y como acordamos", comentó ayer Hermilo Larumbe, presidente de la patronal del transporte Transcalit. Esta organización confirmó ayer que, hasta el momento, la policía local barcelonesa no ha impuesto sanción alguna a los camioneros infractores del nuevo decreto. El propio Ayuntamiento anunció a la prensa semanas atrás que empezaría a poner multas esta misma semana, una después de que entrara en vigor la restricción. La voluntad sancionadora del municipio parecía entonces incuestionable: los camiones podrán ser multados con 15.000 pesetas si entran en los tramos prohibidos. Sólo habrá tolerancia en los primeros días, si, a juicio de la Guardia Urbana, el conductor tiene excusa por desconocimiento de la nueva medida. En todo caso, serán desviados en cuanto se les localice. Ese fue el planteamiento inicial de la municipalidad. [...] En el plazo de tres meses, la aplicación de estas normas deberá ser definitiva. En este tiempo, Barcelona, y previsiblemente los municipios metropolitanos, deberán haber acordado qué camiones procedentes de qué zonas se beneficiarán de permisos excepcionales que les permitirán continuar empleando estas vías urbanas".

6. *La Vanguardia*, 1 febrero 1997: "**El Ayuntamiento defiende el trabajo de la grúa en los chaflanes del Eixample.** [...] La campaña de la Guardia Urbana para controlar el estacionamiento en zonas de carga y descarga se inició el lunes 24 de noviembre de 1996, en una área limitada por Diagonal, Francesc Macià, Balmes, Rosselló, Villarroel, Provença y Urgell. Esta zona de actuación se amplió al poco hasta la calle Consell

de Cent. En la práctica, la zona de mayor intensidad de la campaña, ahí donde se han colocado señales de "actuación prioritaria" de las grúas se centra en las calles Balmes, Muntaner y Pau Claris y en los tramos de las vías transversales, desde París a Consell de Cent. [...] "No lo podemos abarcar todo", dice la concejal San Miguel, que no quiere fiar la disciplina sólo a la presencia de agentes y a la amenaza de multas. "La campaña está respondiendo bien, y funcionará en la medida en que los transportistas, los comerciantes y la sociedad estén de acuerdo con ella".

7. *La Vanguardia* de 14 junio 1997: **"Prioridad a las multas por seguridad vial.** Un informe interno de la Guardia Urbana de Barcelona solicita a sus agentes que den prioridad a las multas por infracciones relacionadas con la seguridad vial en Barcelona. El informe señala que "un objetivo es disminuir el número de denuncias anuales, pero hay que priorizar las que afectan directamente a temas de seguridad vial". Son prioritarias, a la hora de denunciarlas, las infracciones como la conducción bajo efecto del alcohol o drogas, no usar cinturón o casco, no respetar pasos de peatones, exceso de velocidad y el estacionamiento sobre aceras o en doble fila".

8. *La Vanguardia* de 25 octubre 1997: **"Cincuenta urbanos perseguirán a quienes se salten semáforos. La Guardia Urbana desarrollará hasta el 16 de noviembre una campaña contra los infractores de los semáforos.** [...] Los agentes analizarán además si la señalización de los cruces es deficiente y contribuye a la siniestralidad. El objetivo es "que Barcelona recupere los niveles de accidentabilidad anteriores a junio, que eran inferiores a otras ciudades del Estado", según Carles Reyner, jefe de organización de la Guardia Urbana. [...] "Nuestro objetivo no es recaudar, sino reducir los accidentes, por eso anunciamos la campaña antes de iniciarla", explicó Reyner. **El 88% de las faltas queda impune.** En los últimos seis o siete años, sin embargo, la Guardia Urbana de Barcelona ya tiende a sancionar más las infracciones de los coches en movimiento que los coches, por ejemplo, mal aparcados. La Guardia Urbana calcula que sólo se sanciona en la ciudad el 12% de las infracciones que se cometen. [...] La escasa proporción de infracciones sancionadas se debe, en opinión de Reyner, a la "tolerancia" de la Guardia Urbana y a la "falta de recursos". En 1987, este cuerpo disponía de más de 3.000 agentes y hoy son 2.400".

9. *El País* de 18 abril 1998: **Campaña de la Guardia Urbana de Barcelona. Los peatones que no respeten los pasos cebra serán multados con 5.000 pesetas.** [...] Reiner indicó que han aumentado las denuncias por infracciones de peatones, "una actuación muy impopular que sólo se lleva a cabo si el ciudadano que es recriminado por el agente para que cruce por el paso de peatones no obedece".

10. *Avui* de 21 agosto 1998: **"L'alcalde de Lloret avisa que tancaran les botigues que venguin alcohol de nit. La policia no sancionará, de moment, els consumidors que beguin pel carrer.** L'alcalde de Lloret, Josep Sala (PSC), va fer ahir un dur advertiment a les botigues que venen alcohol de nit i va indicar que l'Ajuntament pot fer tancar els establiments que incompleixin reiteradament la nova normativa. Aquest avís arriba just el primer dia que ha entrat en vigor l'ordenança municipal que prohibeix el consum d'alcohol a la via pública i que en restringeix la venda durant les nits. [...] Després d'haver informat els propietaris dels locals afectats de la nova ordenança -tant per escrit com també de paraula,- els agents de policia ja podien ahir començar a aixecar actes de totes les anomalies detectades. [...] L'Ajuntament no serà, en canvi, tan dràstic en l'aplicació de l'ordenança pel que fa a l'apartat que regula el consum d'alcohol. La prohibició indica que no està permès d'ingerir alcohol al carrer ni en cap altre espai públic ni platja; excepte en els bars, discoteques, terrasses i restaurants. L'alcalde comenta que, tret dels casos més flagrants, no començaran a denunciar els joves que beuen al carrer fins a l'estiu vinent. L'Ajuntament vol impulsar abans una campanya de conscienciació, amb anuncis als taulers informatius dels hotels i en les agències de viatges".

Sobre el mismo tema, en *La Vanguardia* de 22 agosto 1998 se recoge una información titulada "Nocturnidad y alevosía. La ordenanza que prohíbe la venta y el consumo de alcohol en Lloret, pisoteada en su primer día de aplicación", refiriéndose, pues, a los dos aspectos de la prohibición. Entre otras cosas, se dice que "La policía local de Lloret colaboró con los Mossos d'Esquadra en la tarea de vigilancia nocturna. Fruto de tal despliegue policial fueron las dos denuncias contra sendos establecimientos por tener en su exterior máquinas expendedoras de bebidas con alcohol [...]. Los responsables de ambos comercios, [...] deben estar preguntándose dónde está el gafe que ha hecho que ellos, y no otros, hayan sido los elegidos, puesto que a las cuatro de la madrugada todavía

había cola para aprovisionarse de cerveza en algunas máquinas".

11. Ciertamente peculiar es el supuesto de la información aparecida en *La Vanguardia* de 19 setiembre 1998: "Los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona iniciarán el próximo lunes una huelga que consiste en sancionar un 50% menos. El objetivo es presionar al Ayuntamiento y conseguir que se negocie la segunda actividad de los policías para los mayores de 57 años, es decir, dejar de patrullar por las calles y permanecer en activo con trabajos más tranquilos. La protesta, que por el momento es indefinida, pretende orientar todos los esfuerzos a la prevención. Los agentes, en lugar de denunciar las infracciones que comporten la imposición de una multa, prevendrán a los usuarios y llevarán a cabo una labor de educación vial en las calles. Esta medida de presión no se aplicará cuando se trate de infracciones que pongan en peligro la integridad física de conductores y peatones. Asimismo, por lo que hace referencia al ejercicio de la grúa, está previsto disminuir en dos los servicios por agente y día, sin dejar de realizar aquellos que sean necesarios para el buen funcionamiento de la circulación, como pueden ser vehículos estacionados en doble fila o vías rápidas".

Más informaciones sobre medidas similares por motivos laborales de este cuerpo de seguridad aparecen en *El País* de 16 marzo 2000 (en relación a los controles de alcoholemia) y en *El País* de 14 julio 2000, donde se recoge el dato de que en un mes determinado se llegaron a poner sólo el 15 % de las multas "previsibles".

12. *La Vanguardia* de 1 marzo 2000: "**Tráfico no multará por ahora a los portadores de triángulos no homologados.** Los triángulos rojos de preseñalización de peligro serán exigidos desde hoy. La DGT entiende que el mercado está ya suficientemente abastecido, por lo que se puede empezar a aplicar con rigor una normativa contemplada en el Reglamento General de Vehículos, que entró en vigor el pasado 27 de julio. No obstante, al menos en Cataluña, ni Tráfico ni los Mossos piensan multar a los portadores de triángulos no homologados, ante las dificultades que existen para discriminar los verdaderos de los falsos. La decisión fue comunicada ayer al Real Automòbil Club de Catalunya. Por ahora, Tráfico se limitará a conminar a los infractores a comprarse un triángulo acreditado". Sobre el mismo asunto, en *El País* de la misma fecha se señalaba que "La sanción máxima por no llevarlos es de 15.000 pesetas, pero fuentes de Tráfico aseguran que los agentes no van a ser excesivamente escrupulosos en aplicar sanciones".

13. Otro tema reciente en el que se han puesto de manifiesto reacciones interesantes es el relativo a la adopción de las nuevas matrículas en los vehículos. En *La Vanguardia* de 23 setiembre 2000 se indica que "la concejal de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de Barcelona, afirmó ayer que el Ayuntamiento no tramitará las multas que pongan los agentes de la Guardia Urbana por la colocación de un adhesivo CAT". Que el objetivo prioritario tanto de los Mossos d'Esquadra como de la Guardia Urbana de Barcelona no sería denunciar a los vehículos que llevaran el distintivo "CAT" fue algo públicamente reiterado y que se puede ver por ejemplo en *El País* de 21 y 26 setiembre 2000 y de 10 noviembre 2000. Dadas las repercusiones políticas que tuvo el tema, incluso se llegó a dar el caso de propuesta de sanción de un vehículo oficial (de la Diputación de Tarragona). El expediente sancionador finalmente no prosperó, según la Subdelegación del Gobierno de Tarragona debido a que la apreciación subjetiva del agente de la Guardia Civil acerca de la confusión en la identificación del vehículo que podía generar el distintivo en cuestión no fue compartida por sus superiores (información aparecida en *El País* de 4 noviembre 2000). Más sorprendente aún puede ser el caso relatado en la información de *El País* de 10 noviembre 2000: "**Un brindis al sol. Los Mossos anulan por "defecto de forma" la primera multa que imponen por llevar las siglas CAT en la matrícula**": "El director general de Seguridad Ciudadana, Xavier Martorell, confirmó [...] que la propuesta de sanción no había sido tramitada al Servicio Catalán de Tráfico, organismo encargado, entre otras cuestiones, de la gestión de las multas, por el procedimiento ordinario, sino que fue anulada a los pocos días por el citado "defecto de forma". Un portavoz de la policía autonómica de Lleida señaló, por su parte, que el motivo por el que la denuncia haya quedado sin efecto "no trascenderá" a la opinión pública".

14. Otro tema de seguridad vial está implicado en la información de *El País* de 10 noviembre 2000: "**Los Mossos anuncian dureza contra el alcohol y el exceso de velocidad**". En ella se recoge la siguiente afirmación de Xavier Martorell: "aplicaremos una política de tolerancia cero en la alcoholemia y el exceso de velocidad porque éstos serán nuestro principal objetivo", objetivo centrado, según la misma fuente, en reducir los

acompañada de la adopción de medidas que facilitan su cumplimiento; conmutaciones de multas por trabajos comunitarios; la presencia de períodos alternativos de tolerancia y de persecución de determinadas prácticas; la puesta en marcha de campañas de concienciación seguidas de la voluntad de aplicación estricta de una norma; el comienzo de aplicación de una norma con criterios selectivos acompañado de una consideración de su desconocimiento, de una actuación informativa y de negociaciones para establecer ciertos mecanismos de control; el establecimiento de campañas de control de ciertos comportamientos desarrolladas con especial intensidad en las zonas de actuación prioritaria; la existencia de informes internos solicitando dar prioridad a determinado tipo de denuncias relacionadas con conductas que entrañan riesgos graves; casos en que se anuncian asimismo "políticas" de "tolerancia cero"; la adopción de campañas contra ciertas infracciones acompañadas de medidas de estudio de causas posibles que puedan estar en el origen de los siniestros relacionados con tales infracciones; la práctica de actuaciones sancionadoras que por impopulares se llevan a cabo sólo en casos extremos de desobediencia explícita a una recriminación del agente; la voluntad de aplicación drástica o no tan drástica de dos aspectos diversos pero relacionados contenidos en una ordenanza, con campañas de concienciación en el segundo caso; la existencia incluso de una huelga consistente en sancionar un 50% menos y en realizar en cambio una tarea de educación vial pero teniendo en cuenta también la entidad de la infracción y del peligro que entraña; el simple anuncio de la no tramitación de procedimientos por ciertas infracciones cuyo castigo sería claramente impopular para un amplio sector de la población...

La lista podría ser interminable. Pero creemos que los ejemplos expuestos son suficientes para ilustrar la idea que aquí se quiere remarcar. En definitiva, a la vista de estas prácticas, debemos preguntarnos: ¿qué queda de la visión de la ley y su régimen sancionador aplicado de forma reglada, sin distinciones y sin posibilidad de entrar en consideraciones de oportunidad? ¿A qué consecuencias llevaría en los casos expuestos o en tantos otros similares

accidentes y el número de muertes en carretera.

15. Muy interesante resulta la información recogida en *La Vanguardia* de 3 junio 2001: "**Los recintos donde está prohibido fumar no aplican la normativa antitabaco. La Generalitat reconoce que no sanciona a los infractores porque aplicar la normativa con rigidez toparía con un rechazo social y apela a la concienciación de los ciudadanos**". Debido al interés de este caso en varias facetas, ampliaremos su mención más adelante.

16. Sobre la cuestión de la adaptación a las necesidades de los minusválidos de la ciudad de Barcelona, en *El País* de 16 agosto 2001 aparece una información en la que se destaca que en relación a las plazas de aparcamiento reservadas en la zona de playas "la grúa actúa contra los infractores con absoluto rigor y con la máxima celeridad posible".

la aplicación de tal esquema inflexible? ¿Serían justas esas consecuencias? ¿Hay razones de fondo que justifiquen los modos de proceder que se han ejemplificado? ¿Resultaría más favorable a las garantías del ciudadano y a la seguridad jurídica actuar de otra manera? Preguntas que lo que hacen es dar vueltas a la cuestión de fondo principal a resolver en este trabajo.

C. Una complejidad jurídica anunciada por la práctica

Nada más lejos, sin embargo, de nuestra intención, que dar pie, aunque sea en estos momentos iniciales, a una presentación simplista e incluso demagógica, si se quiere, de la práctica, para justificar sistemáticamente la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Aunque sólo sea por una razón, a saber: que si bien es cierto que todos los ejemplos mencionados y tantos otros que se podrían traer a colación tienen en común el hecho de no coincidir con un esquema de aplicación rígida, sin concesiones a criterios de oportunidad, de la ley y de su régimen sancionador, no menos cierto es que también esconden fenómenos de muy diverso carácter que desde un punto de vista jurídico no se deben meter en el mismo saco.

Así, no es lo mismo, por ejemplo, aplicar con rigor las previsiones sancionadoras de una norma tras una entrada en vigor más o menos reciente acompañada de campañas específicamente orientadas a difundir su conocimiento, que hacerlo después de haber pasado muchos años, caracterizados por una actitud de tolerancia, desde su entrada en vigor y sin ningún tipo de medida complementaria. O no es lo mismo por ejemplo aplicar criterios selectivos a la hora de planificar la inspección de cierto tipo de actividades que hacerlo una vez detectada la comisión de ciertas infracciones concretas. O no es lo mismo por ejemplo llevar a cabo por parte de la Administración medidas de información o que faciliten en general el cumplimiento de una norma -y evitar así la correspondiente sanción- previamente a la posible comisión de una infracción que una vez cometida ésta. Ni es lo mismo aplicar criterios selectivos para la sanción de conductas en cuestiones leves que en casos en que resultan gravemente afectados ciertos bienes jurídicos. Y la lista podría nuevamente alargarse mucho más. ¿Qué es lo que queremos decir, pues? Que los ejemplos mostrados permiten:

1. Realizar una reflexión de conjunto sobre las implicaciones que tendría una aplicación estrictamente reglada de las previsiones sancionadoras de la norma sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso.

2. Percibir que, sin embargo, tras una línea de reflexión compartida, se esconden múltiples y diversas situaciones, de naturaleza distinta para el análisis jurídico y que dan lugar a una caracterización problemática de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Es evidente, por ejemplo, que no plantea el mismo tipo de problemas la consideración de criterios de oportunidad en el diseño de un plan de inspección que en la imposición de una sanción una vez denunciada la infracción.

Así pues, puede afirmarse que todos los casos mencionados ofrecen claros elementos en común en cuanto a la reflexión que plantean sobre el modo de aplicar el régimen sancionador de una norma; pero las vías practicadas son diversas y ello impide simplificar su tratamiento jurídico ya que esa diversidad es jurídicamente relevante.

Planteamiento compartido. Desarrollo diversificado. Tratamiento jurídico matizado.

Hay múltiples estadios por los que puede discurrir y discurre la consideración de criterios de oportunidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Y sólo clarificar cuáles son esos niveles y el posible grado de aplicación a cada una de ellas de la discrecionalidad justificaría el estudio de este tema. Algo de ello se intentará en este trabajo. Y en esa línea se inscribe también la importancia de los límites a abordar en el capítulo V.

Pero es que hay más. Con facilidad se puede imaginar que ya no sólo se trata de diferenciar el tratamiento de la discrecionalidad en función de las diversas variantes y fases que pueden conducir o no a la imposición de una sanción administrativa.

La reflexión puede y debe llevarse más lejos: cuando se habla del rigor o no en la aplicación de las normas, debe tenerse en cuenta que la sanción en sentido estricto no es el único mecanismo idóneo de reacción ante su incumplimiento. Han de ser consideradas medidas con una naturaleza no estrictamente sancionadora (aunque veremos que es ciertamente difícil situar con exactitud la línea fronteriza) como pueden ser a mero título provisional de ejemplo las resarcitorias, las reparadoras o las resolutorias de relaciones previamente establecidas. Si hasta ahora, pues, hemos hablado genéricamente y con una cierta imprecisión de la aplicación de una norma o de su régimen sancionador, deberá a partir de ahora considerarse que al hablar de la aplicación de la norma no tiene por qué tratarse siempre

del régimen sancionador estricto, y que por tanto podemos estar hablando de otra cosa que no sea estrictamente la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

No se nos escapa que esto conlleva ampliar de un modo muy considerable el ámbito de estudio, con los peligros que tal extensión conlleva; pero creemos que unas mínimas reflexiones desde esta perspectiva son necesarias. Y son necesarias porque si se consigue - aunque sea no de una forma tajante o definitiva- deslindar con una cierta claridad el ámbito de las sanciones de otros ámbitos de consecuencias jurídicas se conseguirá a su vez contribuir a ahorrar una serie de falsos problemas que amenazan con enturbiar peligrosamente el ya de por sí delicado debate de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Deberá realizarse, pues, lo más pronto posible, una mínima referencia a esta cuestión. Antes, sin embargo, debemos completar la exposición de los elementos que muestran la presencia de un dogma y la necesidad de formular una hipótesis.

3. Los datos del derecho positivo: ¿es reglado el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora?

Pocas cosas más que un contraste vivo entre dos elementos, en nuestro caso, entre afirmaciones teóricas y prácticas comunes, pueden conducir a una reflexión serena sobre la apreciación adecuada de los elementos situados en su base. En el supuesto que nos ocupa resulta claro que esos elementos de base tienen que venir dados por las normas existentes. Cuando se realiza una afirmación del tipo de la ausencia de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, ello se sitúa inevitablemente en el contexto de un espacio y un tiempo dados, y al tratarse de una cuestión jurídica, en el contexto de un ordenamiento jurídico concreto. Las afirmaciones concernientes al régimen jurídico de una determinada figura no pueden, o no deben, perder de vista lo que las normas establecen aquí y ahora.

Sucede sin embargo que el Derecho se convierte en una amalgama de factores heterogéneos, en el resultado de una sedimentación progresiva de elementos diversos: normas de muy distinto tipo y procedencia, e interpretaciones, comentarios, reformulaciones y un largo etcétera de operaciones de origen jurisprudencial y doctrinal. Esto en sí mismo no es bueno ni malo, o al menos no nos corresponde ahora decidirlo. Conviene, sin embargo, hacer

notar que, en este contexto específico del razonamiento jurídico pueden tener lugar fenómenos curiosos, como la aceptación sin rechistar o sobreentendida de afirmaciones que, no obstante, se alejan bastante de lo que las normas establecen o no establecen sobre el tema en cuestión. Lo que ocurre con el tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora podría no estar demasiado lejos de este fenómeno, con lo cual, lo que inicialmente era un contraste vivo podría además adquirir los rasgos de paradoja, y las paradojas, aunque siempre presentes y quizás inevitables, invitan a la reflexión.

Veamos entonces si esto, que de momento es una mera intuición, tiene una base real a partir de lo que el ordenamiento jurídico dice o no dice sobre esta cuestión.

Volvemos pues a formular la pregunta: realmente, ¿es reglado el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora de acuerdo con el derecho positivo?

A. La legislación sectorial sustantiva

Para dar respuesta a la pregunta planteada, a lo primero que parece normal acudir es a la consulta de lo que las leyes ordinarias que contienen previsiones de ejercicio de la potestad administrativa sancionadora disponen. Si la Administración tiene o no un margen de actuación en el ejercicio de tal potestad es algo que no sería quizá aventurado pensar que debe estar recogido de manera además preferente en la norma que atribuye tal potestad en el sector de que se trate. E incluso podría pensarse que, previamente, es algo que debería estar presente en la ley que con carácter general aborda esta potestad, actualmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

Sobre ello, pues, habrá que hablar, no sin antes necesariamente realizar una observación y una precisión sistemática.

La observación: naturalmente, que haya que recurrir a lo que digan las leyes ordinarias no significa que en ellas se agote la respuesta que aquí se intenta dar, como veremos.

La precisión sistemática: la referencia, también importante, a las normas procedimentales, se hará en otro punto del trabajo, al hablar de las fases dentro de los límites a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. A los efectos de lo que se pretende en este punto, será suficiente la referencia a las leyes sustantivas.

Como decíamos, un primer nivel dentro de esta legislación viene dado por la LRJPAC. ¿Determina explícitamente la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en el capítulo referente a los principios de la potestad sancionadora (arts. 127 a 133) si el ejercicio de la potestad sancionadora es reglado o no? La respuesta negativa parece clara, ya que dicha ley establece una serie de reglas (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones) a respetar en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, cuando la misma sea, pues, utilizada, pero sin que sea objeto de regulación el carácter reglado o discrecional de su ejercicio. Interpretar el principio de legalidad como prohibición taxativa de cualquier margen de decisión parecería excesivo, como veremos al hablar del tema en el proceso penal. Sólo en cuanto a la concreta sanción a imponer se determinan ciertas reglas (art. 131⁴⁷) que eliminan una absoluta discrecionalidad, pero que por su generalidad no parecen en cambio eliminar un margen todavía importante de elección.

Todo parece, pues, quedar pendiente de lo que resulte de la legislación sectorial.

Aquí, naturalmente, pretender un análisis exhaustivo convertiría en interminable este capítulo, lo que no es nuestra intención. Creemos, en cambio, que será suficiente con el comentario sobre ciertos aspectos relevantes detectados en la consulta de un variado conjunto de normas. Su sola presencia, aunque no sea el producto de un análisis exhaustivo, es cualitativamente suficiente para llegar a alguna conclusión concreta sobre la pregunta planteada al inicio de este apartado. Estos son los aspectos más destacados que pensamos resultan relevantes:

1. En primer lugar, por lo que se refiere a una perspectiva que se podría considerar indicativa al menos como primer dato disponible, la del modo verbal utilizado en las leyes para referirse a la acción sancionadora de la Administración, hay que decir que las expresiones

⁴⁷ Especialmente en su apartado 3º: "En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme".

utilizadas son variadas, aunque parecen predominar claramente las del tipo "las infracciones serán sancionadas..."⁴⁸, o "son sancionadas..."⁴⁹.

La dificultad para extraer de este dato conclusiones claras radica en varias razones. Dejando de lado ahora las que aparecerán en los puntos que quedan por indicar, señalaremos ahora que, si bien en principio este tipo de expresión parece apelar más a un ejercicio reglado que a uno discrecional ("serán sancionadas" parece en efecto contener un mensaje imperativo) tampoco parece tan rotunda como lo sería otro tipo de locuciones, como podría ser "las sanciones tienen que ser acordadas", que en cambio sí se utilizan para la adopción de ciertas medidas⁵⁰.

Podría, pues, decirse, pensando en las posibilidades que se presentaban para la redacción, que el tipo de expresión antes mencionada es bastante neutra. Y que en consecuencia, cuando se quiere establecer claramente el carácter imperativo o reglado de la potestad así se refleja en la expresión utilizada, como ocurre en algunos ámbitos con las sanciones correspondientes⁵¹. Además, tampoco faltan casos en que la expresión utilizada se

⁴⁸ Los casos son tan abundantes que no tendría sentido entrar en una enumeración, aunque fuera con la pretensión de exponer ejemplos. Simplemente mencionaremos un caso a título de muestra: el del art. 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres: "Las infracciones anteriormente tipificadas serán sancionadas con las siguientes multas".

⁴⁹ Como muestra, art. 37.3 de la Ley catalana 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales: "Las infracciones tipificadas en el apartado 1 son sancionadas de la manera siguiente"

⁵⁰ Por ejemplo, a la hora de establecer la necesidad de adoptar ciertas medidas cautelares, que, podría parecer que ante la importancia que pueden revestir, vienen introducidas por expresiones que indican claramente la obligación de ser tomadas. Es el caso, por ejemplo, del art. 88.2 la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos, que establece que tiene que ser acordada la suspensión de las actividades en caso de daños flagrantes para el medio ambiente. O el del art. 77.1 de la Ley catalana 9/1993, de 30 de setiembre, del patrimonio cultural catalán, en que se dispone, por ejemplo, que se tiene que suspender cualquier obra o actuación en bienes culturales de interés nacional o en bienes catalogados que incumpla lo que determina la legislación sobre patrimonio cultural. El hecho de que en relación incluso a otras medidas cautelares dentro de las mismas leyes se vuelva a utilizar la expresión del tipo "se podrá acordar" (por seguir con los dos ejemplos mencionados ello se encuentra en los arts. 88.1 de la primera y 77.3 y 77.4 de la segunda) acentúa la invitación a la reflexión que supone la presencia de distintas locuciones, de modo que en este caso, como ya hemos insinuado anteriormente, la trascendencia para la protección de los bienes objeto de regulación habría conducido al legislador a establecer fórmulas imperativas que no parecen dejar margen alguno de elección. Pero de ahí a asociar mecánicamente la presencia de uno u otro tipo de expresiones a la existencia de potestades regladas o discrecionales puede todavía existir un importante trecho. En el caso de las sanciones, como veremos, parece incluso más aventurado extraer este tipo de consecuencias a partir del dato de la literalidad de la redacción de la ley.

⁵¹ Es paradigmático el caso del art. 101.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas: "Los funcionarios y autoridades correspondientes estarán obligados a formular las denuncias, tramitar las que se presenten y resolver las de su competencia, imponiendo las sanciones procedentes".

acerca mucho más, siempre desde el punto de vista de la interpretación literal, al ejercicio facultativo de la potestad, empleando el verbo poder a la hora de referirse a la aplicación de las sanciones⁵².

Precisamente la existencia de estas diferencias es la que nos permite concluir en la dificultad de llegar a resultados concluyentes por esta vía. En efecto, no parece que los modos verbales o los tipos de expresiones literales utilizadas por el legislador a la hora de exponer sectorialmente las consecuencias de las infracciones tipificadas pueda resultar fiable, o al menos, con seguridad, suficiente, para dar una respuesta a la pregunta inicialmente planteada⁵³. Pretender extraer conclusiones tan relevantes del uso del lenguaje puede resultar, efectivamente, excesivo y poco realista y riguroso. Por ello es necesario acudir a otros elementos, y en esa línea van también los aspectos que se mencionan a continuación⁵⁴.

2. Esta referencia a otros aspectos es además necesaria puesto que, como ya se ha anunciado, el tema de la oportunidad y la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ofrece varias vertientes.

De este modo, podemos señalar que, así como lo dicho en el primer apartado se refería sobre todo a las sanciones principales, existen otras perspectivas que son por ejemplo las de las sanciones complementarias, accesorias⁵⁵ o que sustituyen a las inicialmente previstas,

⁵² Así, el art. 28.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, en un ámbito, pues, especialmente relevante por su generalidad, por su incidencia en las libertades y por todo el consiguiente debate que generó en su momento su aprobación, dispone que "Las infracciones determinadas de acuerdo con lo dispuesto en la Sección anterior podrán ser corregidas por las autoridades competentes con una o más de las sanciones siguientes".

⁵³ Un caso especialmente claro de las incongruencias a las que podría dar lugar una interpretación que sólo tuviera en cuenta este criterio literal aislado sería el que ofrece la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, ya que en su art. 32.1 establece que las infracciones a sus disposiciones "serán sancionadas" de acuerdo con lo establecido en la misma, mientras que en su art. 35.1 se dice que las infracciones que tipifica esta ley "podrán dar lugar a la imposición de todas o algunas de las siguientes sanciones:".

⁵⁴ Sobre la insuficiencia del tenor literal de este elemento de unión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, un elemento a tener en cuenta pero no el único ni necesariamente el determinante y sobre la consiguiente necesidad de analizar conjuntamente los demás elementos presentes en las normas, vid. recientemente: Ciriano Vela, César David, *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 213-218. En otros puntos del trabajo aparecerán, evidentemente, otros elementos a tener en cuenta que ahora, en este momento introductorio, no es posible abordar.

⁵⁵ Son múltiples, en efecto, las referencias de leyes sectoriales a la posibilidad, formulada en unos términos literales de ejercicio facultativo de la potestad, de imponer sanciones que acompañan a la sanción principal.

Así, en el caso de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (art. 82), se dispone que determinadas infracciones "podrán llevar aparejada" amonestación pública o privada, o bien, como sanción

donde parecen estar presentes expresiones más cercanas al ejercicio facultativo de la potestad, con algún caso ciertamente llamativo y grave en este sentido⁵⁶. Aunque una adecuada interpretación sistemática debe excluir una entera libertad en su adopción⁵⁷.

accesoria, el precintado o la incautación de los equipos o aparatos o la clausura de las instalaciones.

Destacan también los casos en que se establece que se podrá acordar como sanción accesoria el decomiso (por ejemplo: art. 38 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios; art. 110.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento; art. 15.1 de la Ley catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios; art. 74 de la Ley catalana 9/1993, de 30 de setiembre, del patrimonio cultural catalán; etc.).

Casos importantes son también aquellos en que se puede imponer, además, después de establecer sanciones pecuniarias, en ciertos casos, la suspensión de permisos o de autorizaciones: así, en el caso del art. 67.1 y 4 del R.D. Leg. 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (en relación al tipo de expresión utilizada hay que señalar que, en cambio, cuando se trata de realización de actividades correspondientes a las distintas autorizaciones durante el tiempo de suspensión de las mismas, esta conducta "llevará aparejada" una nueva suspensión y la revocación definitiva de la autorización en caso de segundo quebrantamiento: art. 67.5).

La importancia de las sanciones complementarias que se "pueden" acordar se pone por ejemplo de relieve en el caso de las infracciones muy graves en el art. 23 de la Ley catalana 15/1983, de 14 de julio, de la higiene y el control alimentarios: clausura temporal, publicación en el diario oficial de los responsables y de la naturaleza o el alcance de la infracción, y supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas públicas especiales financieras obtenidas o solicitadas.

En algún caso, además, está prevista la posibilidad de imponer una sanción, concretamente de cierre provisional, de forma conjunta o bien alternativa en relación a la sanción de multa: arts. 26.1 y 27 de la Ley catalana 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos. En este mismo sentido, la Ley catalana 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juego, establece para todos los tipos de infracciones que éstas pueden ser sancionadas "conjuntamente o alternativamente" con las diversas sanciones que se disponen.

⁵⁶ Especialmente en el caso de las sanciones que pueden sustituir a las inicialmente previstas. Así, se puede destacar el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en relación a la sanción de expulsión del territorio: "Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo". Ya el art. 28.3 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana disponía que "En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España".

También es interesante tener en cuenta el supuesto de posible sustitución de una sanción por otra en el caso del art. 29.3 de la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona: "Quan l'ordenança municipal ho estableixi, d'acord amb la llei o, si hi manca, amb el consentiment previ de la persona afectada, hom pot substituir la multa pecuniària per treballs per a la comunitat".

⁵⁷ En ese sentido, vid. la STC 14/1998, de 22 de enero.

Con todo, la importancia de las sanciones complementarias, conjuntas o alternativas, que pueden ser impuestas, es un dato que no se puede perder de vista si se quiere tener una idea completa de las características del ejercicio de la potestad sancionadora.

Esta importancia crece, a los efectos de nuestro objeto de reflexión, en la medida en que tampoco faltan casos en que la alternativa consiste en sancionar con una multa pecuniaria o con un apercibimiento⁵⁸. La mera previsión de esta figura -que sin embargo hay que tener en cuenta que al menos en ciertos ámbitos no está desprovista de carices sancionadores⁵⁹- o de figuras semejantes como los avisos o advertencias, transcurre en esa línea.

La alternativa se llega a producir entre dar lugar a las sanciones establecidas por la ley y la apertura de un plazo para poder efectuar modificaciones⁶⁰. Estas relaciones de alternatividad parecen dar claramente paso a márgenes de opción por parte de la Administración Pública correspondiente. Márgenes que en estos casos ponen ciertamente en juego el ejercicio mismo de la potestad sancionadora administrativa y sobre cuyas razones de fondo tendremos ocasión de hablar.

No faltan, sin embargo, supuestos en los que por ejemplo ciertas sanciones accesorias se contemplan como una medida que se podrá adoptar y otras aparecen como de concurrencia automática, sin margen de elección⁶¹. Una vez más, esta diferencia plantea el sentido que pueda tener que el legislador escoja uno u otro tipo de expresión en la previsión de las consecuencias sancionadoras, de forma que al menos parece querer dejar fuera de duda ciertos supuestos. Con todo, permanece la impresión de que a medida que nos adentramos en los aspectos implicados en el régimen sancionador va adquiriendo protagonismo el carácter facultativo del ejercicio de esta potestad contra lo que pudiera parecer inicial y genéricamente.

⁵⁸ Art. 102.1 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, que regula la pesca marítima del Estado: "*Graduación de las sanciones principales*. Las infracciones leves serán sancionadas con apercibimiento o con multa de 9.983 a 49.916 pesetas, 60 a 300 euros". Sobre las variadas sanciones accesorias en esta ley vid. los arts. 103 y 104.

⁵⁹ Pensamos sobre todo en el ámbito disciplinario de la función pública, con la correspondiente anotación en el expediente personal. Vid. Castillo Blanco, Federico A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 309.

⁶⁰ Art. 20.8 de la Ley catalana 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juego: "Els resultats d'una inspecció poden donar lloc a les sancions corresponents establertes per aquesta Llei o bé a l'obertura d'un termini per a procedir a les modificacions requerides, passat el qual, si no han estat fetes, s'ha de sancionar la infracció segons allò que determina aquesta Llei".

⁶¹ Se puede ver en ese sentido el apartado 7 del art. 120 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante frente a los apartados 8 a 10 del mismo precepto.

3. No otra cosa sucede cuando llega el momento de concretar la medida exacta de la sanción, especialmente en el supuesto, mayoritario, de la sanción pecuniaria. Si bien en este aspecto, los esfuerzos del legislador postconstitucional han sido y son notorios a la hora de tipificar las consecuencias de la comisión de las diversas infracciones existentes, no deja de estar presente en este plano, quizás de forma en parte inevitable, un margen de elección cierto para la Administración Pública, tal como hemos tenido ocasión de adelantar al comentar lo dispuesto por la LRJPAC. Ya indicábamos entonces que el carácter muy genérico de los criterios establecidos legalmente para graduar las cuantías de las sanciones y/o, cabría añadir, para su calificación, genera inevitablemente un margen de elección, un espacio de discrecionalidad (a la espera de lo que se diga en relación al posterior control judicial y su alcance).

Esto mismo se constata, así, también a lo largo de la diversa legislación sustantiva sectorial, donde con más o menos precisión o margen se establecen tales y otros criterios⁶² en cuyo modo de apreciación pueden existir también diversas opciones⁶³, así como tramos de cuantías de sanciones. Desde esta perspectiva cabe añadir o matizar los siguientes aspectos.

En primer lugar, es muy habitual en la legislación postconstitucional examinada la fijación de mínimos y máximos en las cuantías de las sanciones de acuerdo con su calificación, lo cual va en la línea del esfuerzo tipificador antes mencionado, sin que falten incluso casos de fijación exacta del importe⁶⁴. Pero quizá no deba dejar de señalarse que siguen estando presentes supuestos de menor definición. Supuestos, por ejemplo, de fijación explícita sólo de máximos⁶⁵ o incluso de falta de fijación de los mismos⁶⁶. El margen al que da lugar este tipo

⁶² Algunos como el de la "mayor o menor tendencia infractora que revele el número de sanciones en relación con el total de actividades o de servicios prestados y su trascendencia social", tal como dispone el art. 57.2 de la Ley catalana 12/1987, de 28 de mayo, de regulación del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos a motor.

⁶³ Así, se puede señalar que en algún caso la ley dispone que los criterios de graduación establecidos por la misma pueden ser apreciados separada o conjuntamente: por ejemplo en el art. 79 de la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos.

⁶⁴ Así, en el art. 120.3.a de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante se tipifica la sanción para unos casos muy determinados de "multa del 50 por 100 del valor de las obras e instalaciones".

⁶⁵ Fijándose un límite máximo que va creciendo para cada tipo de infracción, leve, grave o muy grave. Un ejemplo claro se encuentra en el art. 36.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

⁶⁶ Así, por ejemplo, no se determina un límite a la clausura temporal de las instalaciones o aparatos prevista como sanción en el art. 35.1.a de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.

de previsiones, o de falta de previsiones, es en principio, pues, considerablemente mayor, aunque tampoco se debe perder de vista que la presencia de cuantías enormes en algunas leyes sectoriales, de todos conocidas por ser éste uno de los puntos más destacados al hablarse del relieve alcanzado por la potestad administrativa sancionadora, puede dar pie también a un margen de elección trascendente aunque formalmente se lleve a cabo una tipificación impecable⁶⁷.

En segundo lugar, es bastante habitual también la formulación en términos literales de facultad ("se podrá") de la operación consistente en incrementar la cuantía de la sanción, especialmente⁶⁸ en caso de que el infractor haya obtenido beneficios como consecuencia de su conducta⁶⁹.

En tercer lugar, también se puede destacar la existencia de supuestos en que se hace una remisión por parte del legislador a la Administración para que aprecie una determinada calificación de la infracción cometida en casos en los que se produzca una falta de proporción entre la misma y la sanción a imponer⁷⁰, supuesto en el que parece inevitable un margen de apreciación importante. Como también está presente en aquellos otros casos en que se permite legalmente la "atenuación" de las sanciones cuando el expedientado justifique que los

⁶⁷ Vid. una lista de previsiones normativas con cantidades y márgenes muy amplios en cuanto a la adopción de la sanción pecuniaria en García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., pp. 191-192. Hay que tener también en cuenta la importancia cuantitativa de las sanciones que se pueden imponer en un sector de reciente y creciente trascendencia, el de la protección de datos de carácter personal: art. 45 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre.

⁶⁸ Un caso más general se puede contemplar en el art. 28.1 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, en que se dispone que ciertas sanciones podrán llegar a límites superiores a los inicialmente previstos en casos graves de reincidencia.

⁶⁹ Por ejemplo, art. 18.10 de la Ley catalana 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de la accesibilidad y de supresión de barreras arquitectónicas, que establece que cuando el beneficio que resulte de una infracción fuera superior a la sanción correspondiente, ésta podrá ser incrementada en la cuantía equivalente al beneficio obtenido. La Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos, en su art. 83, establece que, en todo caso, la sanción pecuniaria puede llegar hasta el total del beneficio producido por la actividad infractora, independientemente del límite objetivo de la multa. En el caso de la Ley catalana 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos (art. 29.2) la previsión de la posibilidad de incrementar la multa con la cuantía del beneficio derivado de la comisión de la infracción va acompañada de la indicación de que ello se produce "cuando no sea conveniente imponer la sanción de cierre del local".

⁷⁰ Art. 8.2 de la Ley catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios: "Poden ésser qualificades també d'infraccions lleus les de l'article 3 si, per llur escassa entitat o transcendència, es produeix una desproporció manifesta entre la sanció a imposar i la infracció comesa".

perjudicados han sido compensados satisfactoriamente de los perjuicios causados siempre que no concurren ciertas circunstancias, como daños graves o indicios racionales de delito⁷¹.

4. Otro tipo de casos en que la ley se expresa en términos literales de ejercicio facultativo de la potestad, como los relativos a la suspensión, a la condonación de sanciones o al curso del expediente sancionador, serán mencionados en otro momento del trabajo, al hacerse referencia a los límites de la discrecionalidad concretamente en relación a las diversas fases del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública.

Es pues ahora el momento de enunciar una conclusión tras los datos indicados hasta ahora, que aunque no son exhaustivos, creemos que son suficientes.

Teniendo en cuenta los diversos aspectos que están implicados en la determinación de la existencia o no de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora -imposición de la sanción principal, pero también imposición de sanciones alternativas, sustitutivas, complementarias, accesorias, determinación de su cuantía, etc.- podemos concluir que un juicio global desde la perspectiva, limitada pero iniciadora en el acercamiento a la cuestión, de su dicción literal, no existe la certeza, sino más bien lo contrario, de que el legislador sectorial sustantivo haya establecido con rotundidad y plenitud el carácter reglado del ejercicio de la potestad sancionadora. Por lo que habrá que continuar examinando más datos. Ello será necesario sin duda, dado el carácter limitado ya anunciado de la perspectiva indicada, pero su pertinencia puede haber quedado clara en este momento introductorio a la vista de las afirmaciones teóricas y de su contraste con ciertas prácticas anteriormente señaladas.

B. La jurisprudencia

Ciertamente el Derecho en un espacio y en un tiempo determinados no se reduce a lo que dice la ley o más ampliamente las normas. Es preciso también conocer lo que dicen los tribunales en su tarea de aplicación e interpretación de las mismas, sobre cuya faceta creativa

⁷¹ Es el caso del art. 17 de la misma ley indicada en la nota anterior. Recoge también esta posibilidad de atenuación de las sanciones en casos de justificación de compensación de los perjudicados el art. 21 de la Ley catalana 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica.

y de gran trascendencia práctica para el conocimiento real del Derecho vigente no hace falta insistir⁷².

Cabría plantear como hipótesis, pues, que la afirmación doctrinal sobre el carácter absolutamente reglado del ejercicio de la potestad sancionadora procediera de este segundo elemento, lo cual, si bien no parece que pudiera justificar su falta de correspondencia con lo dispuesto en las normas, sí al menos explicaría su origen y la dotaría de un cierto fundamento. En efecto, si los tribunales actuaran siguiendo inquebrantablemente esa línea, ¿por qué no atenerse a ese Derecho vivido y formular con realismo las reglas vigentes?

Es necesario, pues, ver lo que dice la jurisprudencia sobre este tema, pero debemos señalar que en este momento introductorio del trabajo no se van a agotar todas las referencias jurisprudenciales que de una u otra manera tengan que ver con la pregunta de fondo planteada. Tiempo habrá de referirse a aspectos concretos y relevantes y a su tratamiento por parte de los tribunales. En este momento inicial de lo que se trata es, pues, de ofrecer una panorámica de conjunto de las afirmaciones más generales que sobre el tema planteado han hecho los tribunales, fundamentalmente el Tribunal Supremo tras la Constitución. Debemos señalar, por tanto, los siguientes aspectos.

1. Dado que lo interesa ahora es la perspectiva general, en primer lugar es obligado comenzar destacando que existe una serie importante de pronunciamientos jurisprudenciales que afirman con rotundidad y con carácter absoluto y de alcance general el carácter reglado de la potestad administrativa sancionadora. Se afirma concretamente en estas resoluciones judiciales que "la Constitución española, que ha reconocido la legitimidad de las sanciones administrativas -art. 25.1 y 45.3- ha tenido buen cuidado de subrayar el carácter reglado de la potestad sancionadora de la Administración -art. 25.1- no pudiendo admitir que en esta materia haya aspectos discrecionales, es decir, cuestiones en que la Administración tenga libertad para elegir sobre soluciones distintas pero igualmente justas -indiferentes jurídicamente- y de aquí que toda actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta pues reglada, incluso cuando se trata de cuantificar las multas -no cabe pensar que dos multas distintas puedan resultar igualmente justas para una misma infracción- porque aunque hayan de ser tenidos en cuenta conceptos jurídicos indeterminados, con el margen de apreciación que

⁷² Vid. por todos, en general Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 169-178, y más en concreto sobre el poder ejercido por parte de los jueces, Troper, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, pp. 95-105.

demanda su halo de dificultad, la aplicación de tales conceptos es un proceder reglado"⁷³. La sola presencia de esta afirmación jurisprudencial, ciertamente rotunda, podría llevar a dar por zanjado el tema, ante la claridad, al menos aparente, de sus términos y la reiteración considerable de su formulación. Sin embargo, una vez más pensamos que se debe huir de respuestas fáciles y rápidas para pasar a considerar la verdadera complejidad de los distintos ámbitos de reflexión. En este caso, es necesario señalar, antes de llegar a una conclusión final en este punto, por un lado, ciertas características de estos pronunciamientos, y por otro lado que los pronunciamientos jurisprudenciales no se acaban ahí, de manera que será imprescindible comprobar si todas las sentencias se atienen a este contenido de forma inquebrantable o no.

Pertenece a este momento el tratamiento del primer punto. En efecto, para una adecuada ponderación de lo que significa y de lo que implica la afirmación jurisprudencial reproducida, debemos tener en cuenta algunas de sus características. Algunas se han podido apreciar directamente con su mera lectura:

- Llama la atención en primer lugar el carácter de fórmula literalmente reproducida en varias sentencias de la afirmación, sin ninguna variación de contenido a la vista del caso planteado. Se trata de un párrafo sistemáticamente reproducido, modo de proceder que no es ajeno a la técnica a menudo utilizada por el ponente responsable de la redacción de la mayor parte de las sentencias indicadas, y en el que debe sopesarse bien el carácter de *ratio decidendi* o *obiter dicta* de cada contenido.

- Se trata de una afirmación que, pese a la extensión notable de su cita, se puede resumir en muy pocas palabras: el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora es, en todos sus aspectos, reglado.

- Se basa esta afirmación en la Constitución, pero sin traer a colación el contenido concreto, más allá de una genérica mención del art. 25.I. No se comentan los argumentos que permiten llegar a conclusión tan rotunda, puesto que de la literalidad de tal precepto constitucional no parece fácil, al menos sin necesidad alguna de argumentación, extraerla. En efecto, el art. 25.1 CE se limita a establecer que "Nadie puede ser condenado o sancionado

⁷³ Es el tenor literal que, con variaciones mínimas de detalle en la redacción, siguen sentencias como la STS 23 enero 1989 (Ar. 421, Delgado Barrio) (FJ 1); STS 29 marzo 1989 (Ar. 2426, Delgado Barrio) (FJ 1); STS 31 octubre 1990 (Ar. 8855, Delgado Barrio) (FJ 3); STS 10 abril 1991 (Ar. 5751, Garayo Sánchez) (FJ 3); o la STS 22 abril 1992 (Ar. 3838, Delgado Barrio) (FJ 2).

por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". En él se apela claramente a los principios de legalidad y no retroactividad de las sanciones. Pero extraer del primero de ellos directamente la interdicción de cualquier margen de discrecionalidad es algo que dista mucho de ser obvio, como tendremos ocasión de comentar con más detalle en relación al proceso penal en el capítulo III.

En una palabra, se trata de unas afirmaciones que presentan los rasgos de un verdadero dogma. Del dogma del carácter reglado al que hacíamos referencia en apartados anteriores.

- Se maneja una teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que la hace incompatible con la presencia de la discrecionalidad. Tendencia, de paternidad bien conocida, que actualmente, como es también bien sabido, no resulta unánimemente compartida⁷⁴.

- Además de estas características claramente visibles, de la consulta de los supuestos resueltos por tales sentencias resulta que todos ellos iban orientados a solucionar una cuestión relativa a la cuantía concreta de la sanción a imponer, lo cual obliga a plantear como mínimo la relación de proporcionalidad entre la envergadura del argumento utilizado y el alcance del problema planteado.

En su momento formularemos las consecuencias oportunas de estas características.

2. En cualquier caso, decíamos también que en la afirmación reproducida anteriormente, por rotunda que resulte, no acaba el contenido de las sentencias estudiadas. Así, cabe indicar alguna otra referencia jurisprudencial al carácter reglado del ejercicio de la potestad sancionadora. Es el caso de la jurisprudencia que establece que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no puede quedar sujeto a normas paccionadas⁷⁵.

3. De modo ahora sí algo más concreto, también ha sido abordado por la jurisprudencia del TS el carácter de la operación de calificar una conducta como infracción en el sentido de

⁷⁴ A ello hemos hecho alusión anteriormente con las citas oportunas.

⁷⁵ Vid. por ejemplo la STS 14 noviembre 1986, Ar. 8084. A propósito concretamente de un acuerdo que llevaba a un Ayuntamiento a renunciar al ejercicio de tal potestad en materia urbanística, vid. la STSJ Canarias (Las Palmas) 7 setiembre 1998 (Ar. 3083, Videras Noguera), que, aludiendo también a jurisprudencia del TS, recuerda que "están fuera del tráfico jurídico las potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, como las dos enunciadas [otorgamiento de licencias de obras y potestad sancionadora], por lo que no pueden ser objeto de convenio. Para finalizar indicando que "Sólo en casos de habilitaciones legales específicas, cuando el interés público y las circunstancias concurrentes determinen que la atribución a la Administración de la correspondiente potestad sea con el suficiente grado de discrecionalidad, resultará posible la terminación convencional que se refiere el artículo 88 Ley de Procedimiento Común". (FJ 3).

ausencia de discrecionalidad. Así, se ha afirmado que la calificación de la infracción no es facultad discrecional de la Administración, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente, con la presencia también de conceptos jurídicos indeterminados que se considera que no constituyen base para la discrecionalidad en la calificación de la gravedad de las infracciones⁷⁶.

4. También repetida es la jurisprudencia del TS que establece que ante la concurrencia de indicios de infracción se impone tramitar y resolver el procedimiento sancionador⁷⁷.

5. Finalmente, cabe señalar que también el TS ha formulado afirmaciones sobre el carácter no discrecional de la operación de fijar las cuantías de las sanciones, a menudo en un contexto normativo muy determinado y con unas pretensiones muy ligadas a los efectos del mismo, especialmente a la vista de la excesiva libertad concedida en las leyes a la Administración⁷⁸. De este modo, se ha establecido que "ante la proliferación normativa en materia sancionadora y la política seguida de no establecer topes en las facultades sancionadoras de la Administración, resulta inadmisibles sostener la vieja doctrina, todavía mantenida en sentencias como la de 17 junio 1961 que resignadamente consideraban intocable la facultad administrativa de fijar el "quantum" de la sanción, calificada de discrecional, con todas las resonancias que este viejo concepto venía arrastrando, hasta el extremo de constreñir el enjuiciamiento, al formalismo de la tramitación del expediente y al examen de la competencia del Órgano actuante en el caso concreto"⁷⁹. La idea del necesario abandono de la discrecionalidad en tanto en cuanto sea asociada a las prácticas arbitrarias existentes (y cuyo peligro está siempre presente) parece clara⁸⁰. En cualquier caso la doctrina ha comentado también la importancia de cierta jurisprudencia preconstitucional en la línea de entender

⁷⁶ Dos cuestiones sobre las que formulan tal doctrina respectivamente la STS 22 febrero 1982 (Ar. 1614, Martín Martín) (FJ 2) y la STS 19 mayo 1993 (Ar. 3813, Escusol Barra) (FJ 3).

⁷⁷ Vid. por ejemplo las SSTs 7 abril 1983, Ar. 2076 y 25 mayo 1987, Ar. 5844. La STS 4 febrero 1992, Ar. 2245, se refiere a la obligación de incoar el procedimiento sancionador sobre todo en infracciones urbanísticas ante una denuncia.

⁷⁸ Recordemos que en las leyes postconstitucionales, aunque de alguna manera persiste el problema de las enormes cuantías previstas en algunas normas, el esfuerzo de fijación de límites en la determinación por parte de la Administración de las cuantías es uno de los rasgos destacados.

⁷⁹ STS 28 mayo 1979 (Ar. 2600, Martín del Burgo Marchán, FJ 10).

⁸⁰ Además, en el FJ siguiente se explicita que lo discrecional no es confundible con lo arbitrario, y que es precisamente ese contexto de normas que no ponen límites el que fuerza a los tribunales a controlar el ejercicio de esas potestades sin limitarse a aspectos de procedimiento y competencia.

superada una discrecionalidad con presencia de una pluralidad de soluciones justas por una aplicación del principio de proporcionalidad⁸¹.

6. En la medida en que el planteamiento antes comentado se matiza precisamente en función de la dualidad arbitrariedad/discrecionalidad, ello ya nos puede proporcionar una transición hacia la consideración de varios pronunciamientos jurisprudenciales que ya de una forma abierta, y chocando frontalmente con la afirmación rotunda comentada en primer lugar, hablan del margen discrecional de apreciación existente en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora a la hora de determinar la medida exacta de la sanción. Y es precisamente un grupo de sentencias del año 1979 la que inicia esta referencia, resoluciones en las que, también a modo de formulario repetido, se reproduce la siguiente afirmación: "con respecto a la cuantía de la multa el TS ha declarado que no puede negarse a la Administración la facultad para aplicar discrecionalmente dentro de los límites que la Ley señala, la sanción adecuada a las circunstancias de la infracción y a la gravedad del caso"⁸². Pero no se piense que esta orientación se limita a estas primeras fechas, en las que podría pensarse en una influencia todavía muy presente de prácticas y doctrinas pertenecientes a la época preconstitucional, aunque, eso sí, con explícita mención de los límites de la ley. La línea señalada se extiende hasta momentos mucho más recientes.

Alguna sentencia se ha detenido en argumentar con cierta extensión esta doctrina. Así, es interesante recoger la siguiente exposición presente en la jurisprudencia del TSJ Catalunya: "En el ejercicio de la potestad sancionadora, la Administración Pública, por lo que se refiere a la imposición de la sanción que estime oportuna, goza de una cierta discrecionalidad que es totalmente necesaria, con el fin de que el órgano administrativo correspondiente pueda valorar las distintas circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto. De este modo, se impide la entrada en el Ordenamiento jurídico de la pretendida imposición de sanciones tasadas que de forma automática debería imponer la Administración ante la simple comisión de una infracción

⁸¹ Vid. muy especialmente en este sentido Tornos i Mas, Joaquín, "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, nº 7, 1975, pp. 614 ss. Sobre esta línea jurisprudencial en la actividad de los nuevos juzgados de lo contencioso-administrativo, vid. Tornos i Mas, Joaquín y Martí Aromir, Teresa, *La jurisprudència dels jutjats contenciosos administratius de Catalunya 1998-1999*, Edicions Universitat de Barcelona, 2000, pp. 243-244.

⁸² STS 21 febrero 1979 (Ar. 680, Ponce de León y Belloso, FJ 3); STS 30 marzo 1979 (Ar. 1470, Ponce de León y Belloso, FJ 3) y STS 30 abril 1979 (Ar. 2237, Ponce de León y Belloso, FJ 3). Hay que tener en cuenta que todas ellas con motivo de la imposición de sanciones por infracción de normas laborales, en situaciones en que había concurrido un accidente laboral mortal.

administrativa". Lo cual no impide al tribunal puntualizar que, sin embargo, "el reconocimiento de esta necesaria parcela de discrecionalidad no impide, en ningún caso, la estricta observancia del principio de legalidad. Ello quiere decir, entre otras cosas, que la discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de sanciones no es absoluta, sino que se encuentra sometida a los límites legalmente impuestos y, naturalmente, a los que se deriven de la observancia preceptiva de determinados principios generales del Derecho, entre los que cobra especial relevancia el denominado principio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la infracción cometida"⁸³. Destaca con luz propia el argumento de la inconveniencia de las sanciones automáticas, que tendremos ocasión de comentar más detenidamente en otro momento.

Tampoco el TS, en fechas bien recientes, ha sido ajeno a esta tendencia. Es interesante recoger en ese sentido una línea establecida a propósito de la legislación de prácticas restrictivas de la competencia, en la que se afirma que dados los términos de la Ley 110/1963 (art. 28), "la Administración tiene un amplio margen para imponer la sanción por las infracciones cometidas". Lo cual, una vez más, no impide reconocer a continuación que la decisión adoptada al imponer la sanción debe ser motivada, debe justificar de manera objetiva el porqué de la sanción que impone. Y se añade que, incluso, la Administración necesariamente ha de acomodar su potestad sancionadora a cada caso, debiendo tomar en consideración sus circunstancias particulares, así como, en este sector de intervención, las circunstancias del mercado y producción dominantes en el momento en que la infracción se cometió⁸⁴.

7. Aunque no se trata de una cuestión que debamos abordar ahora, creemos que resulta también relevante señalar que sentencias de nuestros días continúan aplicando la doctrina del carácter graciable de la condonación de las sanciones, expresión máxima de la discrecionalidad con base en un ejercicio de equidad⁸⁵.

8. Finalmente, indicar también que no han faltado sentencias del TS que han apelado a la equidad y al carácter facultativo⁸⁶, siendo también necesario hacer una remisión a lo que se

⁸³ STSJ Catalunya 29 abril 1991 (Ar. 757, Barrachina Juan, FJ 3).

⁸⁴ Es la argumentación recogida en la STS 22 octubre 1997 (Ar. 7542, Cid Fontán, FJ 7) y en la STS 28 octubre 1998 (Ar. 8530, Escusol Barra, FJ 3).

⁸⁵ Así lo recoge la STS 4 mayo 1999 (Ar. 4067, Mateo Díaz, FJ 3).

⁸⁶ Vid. las SSTs 10 mayo 1983, Ar. 2923 y 14 setiembre 1990, Ar. 10506.

dirá en el capítulo V acerca de la jurisprudencia que recoge varios modos de atenuar el rigor de las previsiones sancionadoras basándose en elementos tan relevantes en nuestro tema como la tolerancia administrativa.

¿Cuál debe ser la conclusión a obtener a la vista de estos, una vez más, no exhaustivos pero creemos que significativos datos? Pensamos que debe ser la siguiente: la jurisprudencia tampoco permite llegar a resultados claros sobre la pregunta del carácter reglado o discrecional del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Si bien un grupo notable de sentencias recogen una afirmación rotunda sobre el carácter reglado de cualquier aspecto relacionado con tal ejercicio, ello no es suficiente para concluir en el sentido de tal afirmación, fundamentalmente a causa de dos factores.

En primer lugar, a causa de las concretas características de tales pronunciamientos, ya indicadas anteriormente, y que en nuestra opinión, sobre todo por su carácter de dogma, dificultan que puedan ser la base de una tesis argumentada o sólida sobre esta cuestión.

En segundo lugar, porque, como se ha visto también, esas afirmaciones no se ven luego reflejadas en otra jurisprudencia, anterior pero sobre todo también posterior, que reconoce con claridad la presencia de márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, de modo especial en lo que se refiere a la fijación de la medida exacta de la sanción.

Así pues, cabe concluir, de forma semejante a lo ocurrido con la legislación sustantiva sectorial, y considerando también la globalidad de los elementos y la pluralidad de facetas implicadas, que no existen datos jurisprudenciales suficientes para poder realizar una afirmación categórica del carácter reglado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en general ni en particular en lo que se refiere a la posible utilización de criterios de oportunidad en el inicio de las actuaciones sancionadoras.

4. La formulación de una hipótesis

Hemos visto que la realidad de los elementos que deben servir de base para un razonamiento jurídico ofrecen mucha más riqueza y matices que las afirmaciones, que así devienen dogmas o presupuestos, que sostienen el carácter reglado o discrecional, sin más, del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Es, pues, necesario tratar de formular una

hipótesis para conseguir obtener una tesis sobre la cuestión planteada que pueda evitar las paradojas o que al menos no pueda ser objeto de reproches como los indicados.

Para ello resulta imprescindible situarse en dos niveles, particularmente en relación al presupuesto del carácter reglado de la potestad sancionadora.

En primer lugar, puesto que hemos visto que el dogma contrasta con la falta de evidencia de su contenido, sería necesario identificar sus causas, formulando una hipótesis para ello, por las cuales se ha llegado a imponer con tanta fuerza en un momento y lugar determinados.

En segundo lugar, será necesario formular la hipótesis que permita contar con un sólido punto de partida de la construcción -que no será, evidentemente, acabada- de los fundamentos y límites de la entrada de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

Dado el objeto de la presente tesis, que pretende aportar algún elemento en esta última línea, se comprenderá que los esfuerzos se centren en la formulación y desarrollo del segundo nivel de hipótesis. Llegaría a ser necesario, en último término, otro trabajo no menos complejo que el presente para formular y desarrollar el primer nivel de hipótesis. Ahora bien, inmediatamente hay que reconocer que tampoco tiene sentido separar los dos niveles. Poca podría ser la fundamentación e incluso la utilidad de un desarrollo del segundo nivel sin tener claros los elementos esenciales del primero. Dicho en otras palabras, la concepción que se tenga o la explicación que se proporcione a las causas del surgimiento del dogma indicado encuentran una necesaria prolongación en la formulación de un sistema alternativo. Una construcción de este último entendemos que resulta impracticable, o cuando menos carente de sentido y de referentes, en ausencia de una concepción determinada del contexto que ha propiciado el dogma inicialmente identificado. Es por ello que no es posible desde ningún punto de vista prescindir del primer nivel. En consecuencia, dado que en última instancia sería necesario desarrollar todo un trabajo distinto para explicitar todos sus elementos, lo que aquí sí podemos y debemos hacer es enunciar cuál es al respecto nuestro punto de partida al respecto, aunque sea de una forma necesariamente muy breve. Dicha brevedad, sin embargo, no quiere decir que ya no vuelvan a aparecer a lo largo del trabajo conexiones de dichos elementos, puesto que como ya hemos dicho en el fondo no tiene sentido separar ambos planos.

A. Contextos propiciadores del surgimiento y consolidación del dogma o presupuesto del ejercicio reglado de la potestad sancionadora

Puesto que de lo que se trata es de enunciar cuál es en nuestra opinión el estado de cosas que ha propiciado la formulación en los términos que se ha visto del dogma, quizá sea la mejor forma de hacerlo identificar los diversos contextos que han conducido a esta situación. Ya que el Derecho -en todas sus manifestaciones y planos, normas, jurisprudencia, doctrina, formulación de principios y dogmas, producción y carácter cuantitativo y cualitativo de las normas positivas, etc.- forma parte y constituye uno, entre otros, de los mecanismos que articula una sociedad en cada momento histórico, entendemos que la única forma de hallar una explicación satisfactoria en este nivel es superar una visión estrictamente apegada a elementos jurídico-formales.

Así, nuestra explicación, repetimos que en este momento necesariamente muy general y breve, de por qué se ha llegado a afirmar y consolidar un dogma como el del carácter necesariamente reglado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en los términos y con las implicaciones que ya se han empezado a ver, pasa por la caracterización de no menos de tres tipos de contextos que serían los siguientes.

- En el plano *sociológico-político* es constatable que la evolución en estos últimos años, desde los 70 hasta nuestros días, se ha orientado claramente hacia un resurgimiento de las preocupaciones por la seguridad (se habla de "l'obsession sécuritaire") y una paralela revalorización de la actuación estatal de signo represivo, con el objetivo declarado de llegar a niveles de "tolerancia-cero", primando claramente la lucha eficaz contra los fenómenos que dan lugar a la inseguridad sobre la investigación y el tratamiento de sus causas -económicas, sociales, etc.- profundas. Y todo ello con la movilización de importantísimos recursos para lograrlo, en muchas ocasiones con una presentación en términos puramente técnicos e incluso científicos, en realidad en gran parte pseudo- o semi- científicos⁸⁷. La evolución de este

⁸⁷ Sobre toda la problemática planteada por esta evolución es de imprescindible lectura Amoedo Souto, Carlos Alberto, "A lóxica disciplinar do "mundo feliz": modernización privatizadora do poder policial no estado (neo) liberal", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2/1998, especialmente pp. 93 y 98-99; *Poder policial y Derecho Administrativo*, Universidade da Coruña, Servicio de publicacións, A Coruña, 2000, entre otras pp. 177 ss., 461 y 496. Recientemente es muy ilustrativo el conjunto de artículos contenidos bajo el título, ya evocado, de "L'obsession sécuritaire", en *Le Monde diplomatique* de febrero de 2001, pp. 1 y 18-21, así como el artículo de Roberto Bergalli, "La represión como política única" aparecido en *El País* de 6

contexto a grandes rasgos es común a nuestro país y los de nuestro entorno y compatible con las peculiaridades históricas de cada uno de ellos, siendo posible detectar, por encima incluso del signo político de los gobiernos existentes en un mismo momento, el mismo tipo de problemas y de análisis.

- En el plano *sociológico-jurídico* no creemos que sea superfluo destacar la tendencia también constatable en los últimos decenios al protagonismo creciente del Derecho. En ningún análisis jurídico puede resultar indiferente ser conscientes del rol que la sociedad asigna al Derecho, y desde este punto de vista, es también constatable la existencia de una juridificación casi omnipresente de los problemas sociales, de manera que se tiende a presentar toda aspiración y todo conflicto como algo objeto de posible solución técnico-jurídica que en último término acabará en sede judicial, de modo que la juridificación deviene judicialización. Los interrogantes y retos que esta extensión hasta sus extremos del "Estado de Derecho" plantea en términos de legitimación democrática y de espacios de decisión política seguramente están aún en gran parte por explorar, y en todo caso su gravedad es evidente⁸⁸. De cualquier modo, en lo que a nuestro tema se refiere, parece claro que esta segunda perspectiva sociológico-jurídica interactúa con la sociológico-política: las crecientes dinámicas represiva y juridificadora de las relaciones sociales desembocan en un escenario "ideal" de control casi absoluto⁸⁹. Este tipo de tendencias, que ya han permitido hablar de la "legalidad como ideología", provocan además, el efecto de hurtar un adecuado y necesario equilibrio, como se ha señalado recientemente, en el constitucionalismo entre Estado de Derecho y democracia⁹⁰. Éste es un aspecto que igualmente no es sólo propio de nuestro país sino que lo es de los de nuestro entorno.

- En el plano *jurídico-dogmático* es pertinente traer aquí a colación, en lo que se refiere al concreto aspecto del Derecho Administrativo que nos ocupa, el contexto ofrecido por la construcción jurisprudencial y doctrinal de una rama del Derecho decididamente orientada a

marzo 2001.

⁸⁸ Es imprescindible la lectura de Chevallier, Jacques, *L'État de Droit*, Montchrestien, París, 1999, pp. 133-150. También es de interés el libro de Barilari, André, *L'État de droit: réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, París, 2000, pp. 7-11 para una perspectiva general.

⁸⁹ En sintonía, así, con la intención política de "que a legislación administrativa se cumpra a toda costa ou, menos confesadamente, dada a impossibilidade fáctica deste auspicio, que se crie a ilusão social de que a legislação se cumpre mecanicamente, de que "todo vai, ou irá, baixo control" (Amoedo Souto, "A lóxica disciplinar...", op. cit., pp. 98-99).

⁹⁰ Díez-Picazo, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000, especialmente pp. 5-8; 29-33; 119 y 157-161.

las garantías del ciudadano y con el consiguiente relativo desplazamiento en tal construcción teórica de la dimensión de los intereses generales, en el marco de una situación política sin verdadera Constitución y sin un sistema de derechos fundamentales⁹¹. Contexto cuyas características, pese al cambio que supone el surgimiento del texto constitucional, es difícil que deje de condicionar e influir el enfoque dado a estas cuestiones. El recurso masivo, antes y después de la Constitución, tantas veces destacado por nuestra doctrina como rasgo distintivo en relación a otros países y culturas jurídicas, al mecanismo de las sanciones administrativas⁹², ofrecen una base e ilustran esta cierta continuidad. Este rasgo es, pues, propio de nuestro país y concretamente referido al ámbito del Derecho Administrativo en general y sancionador en particular.

Es la confluencia de estos, al menos, tres contextos, la que creemos que ayuda a encontrar el éxito de un dogma. Qué duda cabe de que enunciar de forma estricta el carácter reglado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sin ofrecer vías de adaptación a las circunstancias del caso concreto, encaja bastante bien en cada una de las tendencias de los tres contextos señalados: consagrar la obligatoriedad en todo caso del ejercicio de la potestad sancionadora sin lugar a reconsideraciones por razones de oportunidad enlaza con la pretensión de tratar con medios represivos todo tipo de irregularidades sin preocupación excesiva por sus causas -primer contexto-; con la aspiración asimismo, dada la gran abundancia, lejos además de retroceder, de normas que prevén sanciones administrativas, de cubrir gran parte de las actividades que tienen lugar en la sociedad juridificando, concretamente administrativizando, así, buena parte de las relaciones señaladamente *inter-privatos* y de los conflictos sociales -segundo contexto-; y con un discurso innegablemente orientado a las garantías del ciudadano, puesto que se equipara ejercicio reglado con protección del ciudadano, dejándose de lado las consideraciones de tutela del interés general que pudieran ir unidas a la aplicación de criterios de oportunidad -tercer contexto-.

⁹¹ Vid. Parejo Alfonso, Luciano; Jiménez-Blanco, Antonio; Ortega Álvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 23-26 y Malaret i Garcia, Elisenda, "Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire", en Marcou, Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, París, 1995, pp. 102-110.

⁹² Especialmente significativa es en este punto la aportación de Parada Vázquez. Vid. su clásico trabajo "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, nº 67, 1972, pp. 41-42 y también su manual *Derecho Administrativo I Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 506-519.

Se observa, pues, que la opción entre un sistema más o menos cercano al carácter reglado del ejercicio de la potestad sancionadora tiene presupuestos e implicaciones que van mucho más allá de un presunto único aspecto técnico. De forma destacada, el papel del Derecho en la sociedad, su contextualización, está en juego. Y la concepción misma del Derecho en gran parte también, como tendremos ocasión de retomar más adelante.

En cualquier caso es evidente que los valores y tendencias subrayados no dejan de convivir con otros de signo opuesto. Se podría hablar, por ejemplo, de la creciente importancia, que produce una cierta pérdida de poder del legislador, de la capacidad de los intérpretes del Derecho y concretamente de las administraciones⁹³, lo cual potencia precisamente una tendencia que se distancia del carácter estrictamente reglado en el ejercicio de sus potestades. En general, y muy en particular en nuestro contexto jurídico-público, discurso garantista y políticas que persiguen la eficacia represiva se ven obligados a convivir con resultados a menudo ambiguos si no se explicita claramente el propósito perseguido en cada momento⁹⁴.

Es importante, pues, señalar aquí que no hemos pretendido ocultar esa dualidad siempre presente en la explicación de cualquier fenómeno social. Simplemente, se ha tratado de identificar de la forma más clara posible una serie de factores que explican plausiblemente el triunfo de un determinado presupuesto. Sobre la naturaleza y el tipo de valores subyacentes a tendencias y opciones de signo contrario sólo será posible reflexionar de modo completo a lo largo del trabajo y a partir de sus premisas de fondo.

⁹³ Vid. por ejemplo, sobre una de las muchas facetas de análisis que ofrece el tema, la de lo que esta relevancia de las decisiones administrativas significa a efectos de relativizar la producción y la aplicación de la ley, Ost, François, *Le temps du droit*, op. cit., p. 81. También sobre la importancia en la evolución del Estado del traslado de la sede de toma de decisiones desde el Parlamento al Gobierno y a la Administración vid. García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, p. 39.

⁹⁴ En el caso español, vid. una perspectiva crítica sobre las ambigüedades de las políticas adoptadas en la regulación del control jurisdiccional de la actividad administrativa con los riesgos de primar el objetivo de la máxima eficacia de la actividad punitiva sobre las exigencias del respeto de las garantías en Amoedo Souto, Carlos Alberto, "Luces y sombras del control jurisdiccional de la potestad sancionadora en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: ¿Garantía o "performance" de la Administración de justicia (y de la sancionadora)?", *RVAP*, nº 58, 2000, especialmente pp. 62-71.

B. Hipótesis para una construcción alternativa

A partir de los datos señalados, podemos formular la hipótesis, para la explicación del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora que contemple su carácter reglado o discrecional con otros parámetros, que no sean los de un presupuesto asumido, en un estadio necesariamente embrionario pero con alguna concreción capaz de adelantar a grandes trazos el contenido de los siguientes capítulos.

El del estudio sobre la existencia y la conveniencia de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, en primer lugar, es un ámbito en el que no son aconsejables, pese a lo que cierta jurisprudencia y doctrina han puesto en práctica, afirmaciones rotundas en un sentido determinado. Parece, pues, que a la vista, tanto de las prácticas existentes en la realidad -y sus razones de ser- como de los datos diversos y complejos de la normativa y la jurisprudencia, puede haber argumentos para llegar a defender la idoneidad de tal discrecionalidad en el marco de las reglas constitucionales, dado que éstas implican no un rechazo frontal de la misma, sino una manera de entenderla y de practicarla muy determinada, que pasa de modo muy principal por el respeto al elemento esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así pues, no cabe descartar la posibilidad de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, pero siempre que sea ejercida con límites cuya concreción es tarea de gran importancia realizar.

Pero además, la afirmación de la existencia y de la conveniencia de tal discrecionalidad debe tener muy en cuenta las características del entorno de cada situación en la que la potestad sancionadora pueda ser ejercida, como queda bien patente con la pluralidad y diversidad de soluciones y matices presentes en la normativa y en la jurisprudencia. El sector implicado, el tipo de autoridad que puede actuar, el elemento concreto o la fase concreta a decidir, las circunstancias en general que rodean la situación pueden tener mucho que decir al respecto. Habrá que ver, pues, si existen especiales circunstancias o casos en los que se pueda defender de forma particularmente óptima la discrecionalidad de la Administración a la hora de ejercer su potestad sancionadora.

La investigación a realizar para poder confirmar, en su caso, y concretar esta hipótesis tendrá que seguir un recorrido que deberá tener en cuenta tres planos sucesivos de concreción: la norma en general, el Derecho punitivo incluyendo el Derecho Penal y el Derecho

Administrativo Sancionador con alguna manifestación concreta especialmente relevante para nuestro estudio. A ello van dirigidos los siguientes capítulos, finalizándose con un intento de ordenar los límites y condiciones a los que se hacía referencia hace un momento.

II. NORMA Y SANCIÓN: DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y ELEMENTOS NORMATIVOS SITUADOS EN LA BASE DE LOS PROBLEMAS DE EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS

Entramos pues en el primer nivel de reflexión anunciado, el de la norma en general. Parece claro que la pretensión de estudiar los fundamentos y los límites de un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora debe partir de este estadio básico. No en vano, como tendremos ocasión de comentar, Derecho y sanción parecen términos inseparables. Para ponderar los diversos elementos que se dan cita en los problemas de la aplicación de las previsiones sancionadoras, resulta inevitable partir de algunos factores presentes a nivel normativo desde una perspectiva general.

En este sentido, hemos creído que son dos los bloques de cuestiones a tener en cuenta.

En primer lugar (II.1) es fundamental tratar de establecer aclaraciones conceptuales en torno a los diversos mecanismos de reacción institucionalizada del Derecho que pueden llegar a englobarse quizá demasiado genéricamente bajo la etiqueta de *sanción*. La pretensión de llegar a delimitar estrictamente la noción de sanción administrativa y los resultados a que conduce condicionan, como veremos, de forma relevante, los términos del planteamiento y la solución del problema objeto de nuestro estudio.

En segundo lugar (II.2), es necesario también realizar algunas reflexiones, aunque necesariamente no exhaustivas, sobre ciertos elementos que en el marco de la evolución normativa de este último siglo deben ser especialmente considerados para una comprensión adecuada de problemas de la efectividad de las normas sancionadoras, que están en la base de la cuestión objeto de nuestro estudio. Habrá que ver cuáles son estos problemas y qué reacciones generan.

1. La delimitación de las medidas sancionadoras frente a otro tipo de medidas

Es tradicional abordar el tema de las sanciones administrativas por parte de la doctrina realizando en primer lugar una serie de distinciones conceptuales que tratan de aislar qué es lo que en sentido estricto deba entenderse por *sanción administrativa*.

A. Fuentes de la formulación de la distinción

Citar los pasajes de la doctrina en que tales distinciones se lleva a cabo sería, así, tarea inacabable⁹⁵. En un ejemplo ilustrativo, Parada Vázquez, al desarrollar la voz "sanciones administrativas"⁹⁶, separa las mismas de las medidas preventivas, las medidas resarcitorias, las multas coercitivas, las medidas que, aunque puedan llevar el nombre de sanciones, implican la privación de determinados derechos con justificación más bien de reparación de un incumplimiento (expropiación-sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad, retractos en favor de la Administración previstos por la legislación fiscal) y otras medidas con finalidad compensatoria frente a los incumplimientos como "las pérdidas de derechos derivados de relaciones más o menos consentidas o pactadas, como en el caso de la revocación de licencias o concesiones o las multas previstas en los propios contratos o en la legislación de contratos del Estado".

Se detecta, pues, un esfuerzo por delimitar lo que es propiamente una sanción administrativa frente a otros variados tipos de medidas que, pese a que también pueden responder a unos incumplimientos, van orientadas en otros sentidos. La concreción, coherencia y acierto de los criterios y de los fines de tal operación forman parte ya de un momento posterior a este primer momento de constatación de la voluntad delimitadora.

Pero es que no sólo la doctrina realiza este tipo de distinciones. También el derecho positivo. Ahí están, por ejemplo, los paradigmáticos casos de la Ley del medicamento⁹⁷ y de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios⁹⁸, y, a nivel reglamentario, del

⁹⁵ Vid. por todos, además de las citas que se harán posteriormente, Suay Rincón, José, *Sanciones administrativas*, op. cit., pp. 51-72.

⁹⁶ Parada Vázquez, José Ramón, "Sanciones administrativas", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 6058.

⁹⁷ Ley 25/1990, de 20 de diciembre, art. 110.1: "No tendrán carácter de sanción la clausura y cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad".

⁹⁸ Ley 26/1984, de 19 de julio, art. 37: "No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado precautoria o definitiva de productos o servicios por las mismas razones". Un caso parecido puede verse también en el art. 18 de la Ley catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios.

Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales⁹⁹. La valoración acerca de la idoneidad de que las normas realicen este tipo de formulaciones pertenecería también a otro momento.

Por último, la jurisprudencia no ha sido tampoco ajena a este tipo de distinciones formuladas de modo explícito, especialmente por parte de la emanada del Tribunal Constitucional, que ha intentado trazar algunas líneas de distinción en la dirección de delimitar el concepto de sanción que comentaremos posteriormente.

B. Las razones de la distinción

Identificadas rápidamente las fuentes de las que emanan diversos intentos de distinguir las sanciones de otro tipo de medidas, hay que interrogarse sobre las razones de la voluntad de llevar a cabo tal distinción.

Estas razones parecen ir claramente más allá del puro interés dogmático de establecer con precisión los límites de las diversas categorías jurídicas. De hecho, no es difícil detectar como razón sin duda presente la de establecer criterios que permitan, en función de la calificación o no de sanción administrativa de una medida, diferenciar el régimen jurídico aplicable a la adopción de tal medida, régimen especialmente estricto, como se sabe, en el caso de las sanciones administrativas. Si un conjunto de garantías que, tal como ha ido concretando especialmente el Tribunal Constitucional, tomadas sobre todo del Derecho Penal, debe acompañar, con los consabidos y controvertidos "matices", a las sanciones administrativas, tendrá gran importancia saber cuándo estamos ante ellas. A su vez, si la confusión reina en torno al concepto de sanción administrativa, se dificulta indirectamente una articulación clara y coherente de su régimen. Así, en la doctrina se ha podido afirmar que "si ha habido hasta el presente un concepto que ha obstaculizado la reforma del Derecho administrativo sancionador ése ha sido la insuficiente definición de lo que es una sanción administrativa, de manera que a su sombra y cobijo ha coexistido la más variopinta gama de

⁹⁹ Decreto 179/1995, de 13 de junio, art. 254: - Apartado 2º: "La intervenció del servei té caràcter sancionador quan suposi una reacció de l'ens concedent enfront d'un incompliment contractual greu imputable al concessionari".

- Apartado 3º: "Quan el servei sigui pertorbat per causes fortuïtes o de força major que el concessionari no pugui superar pels seus propis mitjans, l'actuació substitutòria de l'ens local no tindrà caràcter sancionador".

actos, desde la revocación de una simple autorización hasta la condena al pago de una suma de dinero. La falta de un correcto deslinde de la categoría de sanción administrativa de sus afines, aparte de crear una enorme confusión, ha impedido estructurar la verdadera sanción administrativa en torno a un haz de principios comunes, ya que para ello es preciso partir de una cierta identidad nuclear. No se puede regular de igual manera lo que en realidad es distinto"¹⁰⁰. Y la jurisprudencia del TC ha señalado expresamente "la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado"¹⁰¹.

Deseos de clarificación y de rigor en el tratamiento jurídico de la cuestión, pues, que es difícil dejar de compartir. Y que parece que obligan a solucionar de una vez por todas el problema. Pero, siendo la cita doctrinal mencionada del año 1986 y tras otras muchas publicaciones sobre la materia, en una de las últimas monografías sobre el tema, ya del año 1997, Parejo Alfonso ponía de relieve en su prólogo que la del concepto mismo de sanción administrativa es una "cuestión realmente capital aún hoy pendiente"¹⁰². Y en la más reciente, el concepto de sanción sigue ocupando un espacio privilegiado, el del primer capítulo¹⁰³.

¿Cómo es posible continuar estancados en este punto? Ciertamente no es ni será ésta la única cuestión en la que la falta de soluciones teóricas debe convivir con las aplicaciones prácticas diarias, por mucho que tal situación provoque vértigo al jurista. Pero ello naturalmente no debe servir de excusa para no intentar solucionar problema tan básico como el mencionado. ¿Es tan grande la desidia doctrinal? ¿Acaso estamos ante un concepto inaprensible?

¹⁰⁰ Suay Rincón, José, "El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma", *RAP*, nº 109, 1986, pp. 193-194.

¹⁰¹ STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4.

¹⁰² Prólogo a la obra de Domínguez Vila, Antonio, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 12.

¹⁰³ Pemán Gavín, Ignacio, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 33-102.

C. Derecho y sanción

Sucede que preguntarse por la definición exacta de *sanción* o de *sanción administrativa* implica inevitablemente intentar delimitar con precisión las diversas reacciones institucionalizadas que caracterizan al Derecho en general y al Derecho Administrativo en particular ante un ilícito. Fácilmente se puede ver cómo de forma casi inadvertida se entra así en las aguas atractivas pero también procelosas de las cuestiones esenciales de la teoría general del Derecho, que por definición difícilmente pueden ser zanjadas desde el principio.

Pues, ¿qué es lo que caracteriza al Derecho? La dificultad inicial de aislar la noción de sanción puede venir dada por el hecho de que la respuesta a tal pregunta podría muy bien ser la existencia misma de una sanción. En efecto, si para decidir cuándo estamos ante una regla jurídica y no, por ejemplo, ante una mera recomendación, se toma como criterio la existencia de una sanción ante la desobediencia a tal regla¹⁰⁴, o si se consideran en general Derecho y sanción un par conceptual indisoluble¹⁰⁵, se puede temer lo arduo que puede llegar a ser la acotación a la que aquí nos referimos.

Independientemente de que la afirmación anterior encierre otros problemas nada irrelevantes, como la dificultad última de distinguir la norma jurídica -aisladamente, sin considerar el sistema normativo- de la de otros órdenes por el mero elemento de la sanción consistente en un acto de coacción o de fuerza¹⁰⁶, o como lo problemático que puede resultar

¹⁰⁴ Las citas en este punto podrían ser interminables, como la problemática de fondo suscitada, pero creemos que no se nos puede tachar de arbitrarios si hacemos un reenvío a obras de Norberto Bobbio y de Hans Kelsen. En relación al primero pueden verse referencias generales y relevantes sobre el tema en varios de sus trabajos, como "Comandi e consigli" o "Le sanzione positive". Siguiendo la reciente edición francesa que recopila varios de estos trabajos -*Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, París, 1998, con traducción de Michel Guéret, colaboración de Christophe Agostini y estudio preliminar de Riccardo Guastini-, pueden indicarse como especialmente interesantes las referencias de las páginas 154-156 y 179. En cuanto al segundo, permítansenos la mención de su obra *Teoría pura del Derecho* -hemos consultado también la edición francesa, *Théorie pure du droit*, traducida por Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, París, 1999-: especialmente interesante la referencia de la p. 33. Vid. asimismo sobre la sanción como elemento concretamente de las prescripciones, Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 9ª edición, 1999, pp. 70-78.

¹⁰⁵ Vid. la crítica de Hart, H.L.A., en tanto que supone reducir la diversidad de normas, en *Le concept de droit* (traducción francesa de Michel van de Kerchove), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1976, pp. 54-57

¹⁰⁶ Cuestión cuyo análisis nos llevaría demasiado lejos. Puede hacerse sin embargo una remisión al detenido análisis de la problemática que encierra este género de cuestiones, en debate con autores como los mencionados en la anterior nota, de Troper, Michel, *Pour une théorie...*, op. cit., pp. 163 ss. Puede verse asimismo Díaz, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 63-66 y Derrida, Jacques, *Fuerza de*

hoy en día dejar fuera de lo jurídico todo lo relativo a las recomendaciones y a la actividad informal en general¹⁰⁷, lo cierto es que se hace necesario salir de ese nivel genérico de la noción de sanción. Porque, si bien es cierto que se puede decir en general que el Derecho "sanciona" tal o cual conducta con una serie de medidas que pueden tener un carácter muy distinto entre ellas, esto no puede constituir obstáculo definitivo para intentar aislar una noción más estricta de sanción¹⁰⁸.

La necesidad de no extender indebidamente el concepto de sanción, y concretamente la aludida en el art. 25.1 CE, a cualquier tipo de consecuencia desfavorable para el interesado es algo que, por otra parte, ha afirmado con claridad el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias. Ya en una de sus sentencias más tempranas declaró no admisible la alegada vulneración del art. 25.1 CE dado que, entre otras razones, "supone extender indebidamente el concepto de sanción asimilándolo a la simple consecuencia desfavorable de una actuación propia"¹⁰⁹.

Así que lo que queremos decir aquí, no es que a causa de la enorme amplitud que en último término encierra el vocablo *sanción*, sea ya imposible profundizar en posteriores precisiones. Pero lo que sí tenemos intención de transmitir ya, si bien con un inevitable carácter intuitivo que sólo se podrá corroborar con el contraste posterior de enfoques más concretos, es que esa inicial indeterminación parece constituir, a la vista de los problemas de definición ya anunciados, un lastre del que la noción de sanción no se va a poder desprender fácilmente.

Veremos que, pese a las delimitaciones conceptuales inicialmente claras que pueden desbrozar el camino, no resulta nada sencillo cerrar el círculo conceptual que separe las sanciones de otro tipo de medidas, surgiendo constantemente matices que ensombrecen lo que al principio parecía estar claro. No debe ser nada excepcional, por otra parte, que cuando a partir de unas ideas generales como punto de partida se trata de profundizar en la solución de un problema, comiencen a aparecer matices y dudas que pueden llegar a poner en peligro la validez de aquellas primeras ideas, de manera que se hace casi inevitable relativizarlas. Y así,

ley. *El "fundamento místico de la autoridad"*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 15 ss.

¹⁰⁷ Cuestión sobre la que tendremos ocasión de volver a propósito de la peculiaridad de las autoridades administrativas independientes en otro momento de este trabajo.

¹⁰⁸ Vid. las propuestas a nivel general de Bobbio, en su estudio sobre las sanciones positivas (*Essais...*, op. cit., p. 181) y de Zanobini, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1924, p. 1.

¹⁰⁹ STC 66/1983, de 21 de julio, FJ 5.

parafraseando al Tribunal Constitucional, como "no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo"¹¹⁰ se corre el riesgo de tener que volver al punto de partida con las manos casi vacías.

De este modo extraña ya menos que la doctrina, expresando de entrada la clara necesidad de establecer el alcance exacto del término *sanción* y dando criterios inicialmente claros para culminar tal tarea, sin embargo no haya dado todavía con la fórmula definitiva, si es que existe. No obstante, es evidente que estas afirmaciones deben ser contrastadas con el repaso de los puntos que han concretado de modo fundamental el esfuerzo conceptual realizado por la doctrina y por la jurisprudencia. A ello dedicamos las siguientes reflexiones, no sin antes hacer un inciso para acabar de situar de qué modo afecta esta cuestión al planteamiento de nuestro tema.

D. Consecuencias en orden a la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora

Es indudable el interés de las cuestiones aquí suscitadas, pero, ¿qué relevancia tienen de cara a tratar el tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora? Deben completarse así las iniciales y necesariamente genéricas reflexiones planteadas en las primeras páginas de este trabajo. Es metodológicamente obligatorio en un estudio centrado en la potestad sancionadora aclarar lo que se entiende por sanción, al menos a efectos de nuestro trabajo, ya que de lo contrario todo lo que venga a continuación podría resultar viciado.

Pero dicho esto, debemos reconocer que, si se nos permite, lo que de forma primaria se encuentra en el sustrato de la necesidad de llevar a cabo esta reflexión es una inquietud: la inquietud acerca de la subsistencia misma del objeto de nuestro estudio tras la toma en consideración del concepto estricto de sanción.

Porque en efecto, podría pensarse, al menos de entrada, y siguiendo en este sentido en la línea del presupuesto de la ausencia total de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, en la posibilidad de que tras la oportuna depuración conceptual no queden ámbitos de sanciones administrativas en sentido estricto en los que fuera necesario hablar de discrecionalidad. Parecería ésta más propia y estaría pues presente en otras medidas que, pese

¹¹⁰ STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.

a ofrecer alguna similitud con las sanciones, no lo serían estrictamente¹¹¹. De ser así, el problema habría desaparecido nada más ser planteado.

Así pues, nuestra pretensión aquí no es tanto agotar la cuestión de la delimitación conceptual, lo que como ya hemos dicho, daría para otra tesis, sino de situarnos en condiciones de poder exponer, al término del necesario análisis, las razones por las que no creemos que esta perspectiva previa delimitadora deje sin contenido un estudio de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente todo lo contrario. Debe quedar ya claro además que este estudio previo no sólo puede cumplir la función de dejar vía libre para el planteamiento de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que puede también contribuir de forma muy relevante a concretar las condiciones y los términos en los que se pueda razonar jurídicamente su presencia.

E. Algunos supuestos que pueden quedar excluidos de la noción de sanción administrativa

La manera más asequible de abordar esta espinosa cuestión es la de pensar inicialmente en los supuestos excluidos.

a. A la búsqueda del ensanchamiento de la *zona de certeza negativa*

Fundamentalmente, la ardua tarea de ir concretando lo que puede quedar o no incluido en la etiqueta de *sanción administrativa* debe consistir en ir eliminando supuestos que, pese a ofrecer en algunos casos similitudes con ellas, finalmente se acaban descartando. Acrecentando el tamaño de la *zona de certeza negativa* se va obteniendo el reducto de medidas estrictamente sancionadoras, y ello parece un método más realista, al menos a estas alturas, que el de formular una definición abstracta y definitiva de sanción para luego, supuestamente, encajar sin problemas los casos concretos.

Los supuestos que claramente no deben ser incluidos en la noción de sanción administrativa pero respecto de los cuales se ha podido plantear alguna vez la cuestión son

¹¹¹ Vid. en este sentido Tornos i Mas, Joaquín, "Las sanciones en materia de disciplina de mercado", *REDA*, nº 13, 1977, p. 242.

naturalmente múltiples, casi infinitos. Para no dar lugar a una lista artificialmente inflada a partir de posibles casos hipotéticos (aunque, como veremos, una vez más hay motivos para pensar que en Derecho, la realidad supera la ficción), mencionaremos algunos de los más destacados respecto a los cuales el Tribunal Constitucional, aplicando la afirmación ya citada de no ampliar indebidamente el concepto de sanción, ha descartado sin duda la condición de sanción encuadrable en el art. 25.1 CE.

Así, forman parte, sin duda, de la *zona de certeza negativa*, entre otros, los siguientes supuestos: los ilícitos de naturaleza civil en general y las infracciones de los deberes derivados de la relación jurídica conyugal en particular¹¹², la supuesta aplicación retroactiva de una norma¹¹³, un despido¹¹⁴, una privación de haberes en aplicación de una normativa sobre incompatibilidades a una persona con doble condición de funcionario y diputado¹¹⁵, la denegación de una solicitud de pensión basada en el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley¹¹⁶, las multas coercitivas¹¹⁷, la declaración de una finca como manifiestamente mejorable y la expropiación consiguiente ("expropiación-sanción")¹¹⁸, ciertas decisiones supuestamente contrarias a la defensa de los propios méritos frente a la Administración¹¹⁹, la interrupción de emisiones y el precintado de equipos por carecer de la preceptiva concesión administrativa¹²⁰ y los intereses de demora¹²¹.

Este conjunto de casos es por tanto amplio y variopinto, pero no agota los supuestos que el TC ha llegado a deslindar para ofrecer un concepto más estricto de sanción. Dos casos concretos a añadir serían los siguientes.

¹¹² STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3.

¹¹³ STC 66/1983, de 21 de julio, FJ 5.

¹¹⁴ STC 69/1983, de 26 de julio, FJ 4. Independientemente de que pueda ser calificada de "sanción" adoptada en virtud del ordenamiento privado, caso de esta misma sentencia, o simplemente de "sanción" o "sanción disciplinaria" (sin que se pueda interpretar que vaya más allá del alcance señalado en la primera), caso de la STC 106/1996, de 12 de junio (FFJJ 5 y 8).

¹¹⁵ STC 96/1988, de 26 de mayo, FJ 3.

¹¹⁶ STC 136/1988, de 4 de julio, FJ 4 y STC 166/1990, de 29 de octubre, FJ 2.

¹¹⁷ STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2.

¹¹⁸ STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 4. Más adelante tendremos ocasión de hacer referencia a los motivos de esta exclusión.

¹¹⁹ STC 110/1991, de 20 de mayo, FJ 5.

¹²⁰ STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 3.

¹²¹ STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 y STC 63/1997, de 7 de abril, FJ 3.

Por un lado, una confirmación del lado de la *zona de certeza positiva*, la de la expulsión del territorio nacional¹²², frente a la opinión del Abogado del Estado consistente en excluirla de la sanción en sentido estricto¹²³.

Por otro lado, los actos producidos a título de responsabilidad disciplinaria procesal para asegurar el correcto desarrollo del proceso, que frente a los emanados a título de responsabilidad disciplinaria gubernativa no son considerados actos administrativos¹²⁴.

Y otros supuestos, el de la revocación de licencias, y el de los recargos tributarios, serán mencionados en su tratamiento por parte del TC, en los apartados específicos que les dedicaremos. Es en ese tipo de supuestos, en los que la distinción entre la sanción y otro tipo de medidas resulta ya muy relativa, donde se libra la principal batalla para la delimitación precisa de la noción de sanción. Se abandona así de forma definitiva la *zona de certeza negativa* para entrar de lleno en la *zona de incertidumbre*. Para ello vamos a hacer referencia a una serie de casos especialmente relevantes para llevar a cabo esta operación. Los criterios escogidos para establecer el contenido de cada uno de los apartados siguientes siempre pueden ser discutibles, y es difícil evitar que haya zonas tangentes y secantes (como puede suceder entre las revocaciones de autorización y determinadas medidas de policía), pero creemos que a los fines expuestos puede resultar útil su presentación en los términos elegidos.

b. Sanciones contractuales y revocación de licencias

Si los esfuerzos se centran en evitar la extensión de la noción de sanción a toda actividad administrativa que incida desfavorablemente en el ciudadano, es inevitable hacer referencia a las situaciones en las que está presente un título administrativo, sea unilateral o contractual, y en el que pueda darse tal actividad para intentar a priori separarla de la genuina sanción administrativa¹²⁵. Parece, en efecto, desproporcionado pensar que todo incumplimiento que

¹²² STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.

¹²³ Antecedente 7.

¹²⁴ SSTC 3/1982, de 8 de febrero; 110/1990, de 18 de junio; 190/1991, de 14 de octubre; 205/1994, de 11 de julio; 148/1997, de 29 de setiembre.

¹²⁵ Parejo Alfonso, Luciano; Jiménez-Blanco, Antonio; Ortega Álvarez, Luis, *Manual...*, op. cit., p. 476. Incluso partiendo de un concepto autocalificado como amplio de sanción administrativa se ha puesto de relieve la dificultad que entraña decidir si la revocación de autorizaciones y la caducidad de concesiones entran en esa categoría: Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 58.

surja en esos marcos tenga que constituir infracción administrativa y llevar aparejada una sanción administrativa como reacción, por todo lo que ello conlleva. Las rigideces que ello impondría en el desarrollo de las relaciones en cuestión y la exagerada ampliación que se produciría del ámbito de aplicación de las exigencias constitucionales propias del régimen jurídico de la potestad sancionadora, parecen llevar derechamente a esta conclusión.

De hecho, este tipo de preocupaciones sin duda está presente en la elaboración de categorías como las *relaciones de sujeción especial*, sin que parezca sin embargo ésta la vía más fructífera para solucionar estos problemas, tal como ha mostrado el estudio de Lasagabaster Herrarte¹²⁶. Jurisprudencia bastante reciente ya se ha pronunciado en esta línea, concretamente en relación a conductas *sancionadas* en el marco de la ejecución de contratos de prestación de servicios públicos. Sentencias del Tribunal Supremo en que se ha resuelto que las sanciones contractuales sólo tienen el carácter de sanciones en sentido estricto cuando conllevan la privación de bienes jurídicos que rebasan el ámbito contractual, como sucede con la prohibición de contratar en lo sucesivo, nótese este elemento temporal, con las Administraciones Públicas. Si no es así, la medida se considera mera aplicación de una cláusula contractual que ha previsto la imposición de una *sanción* ante un incumplimiento del contratista¹²⁷.

La voluntad de perfilar, de este modo, los conceptos, parece clara, pero las dificultades están presentes, motivo por el cual no hemos dejado de situar estos supuestos en la *zona de incertidumbre*. La misma doctrina que ha apostado claramente por la distinción ha destacado que no resulta tarea fácil la diferenciación de la potestad sancionadora de otras potestades administrativas¹²⁸. Y conocida es la presencia de delicados y frágiles matices en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la revocación de licencias. Así, en un primer momento no se dudó, siguiendo terminologías legales y doctrinales ("revocación-sanción") en atribuir naturaleza sancionadora a la revocación de licencias cuando es debida al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la

¹²⁶ Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, especialmente pp. 295 y 302. Veremos más tarde que las posiciones doctrinales en cuanto a la validez explicativa de este tipo de relaciones divergen.

¹²⁷ SSTs de 30 octubre 1995 (Ar. 7885, Garzón Herrero, FJ 3) y de 6 marzo 1997 (Ar. 1663, Rodríguez-Zapata Pérez, FFJJ 2 y 3). Como particularidades a señalar cabe indicar que en la primera se menciona como único requisito la audiencia previa al interesado (FJ 3) y que en la segunda se sigue apelando a la categoría de la relación de supremacía especial (FJ 3).

¹²⁸ Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones...*, op. cit., p. 302.

concesión¹²⁹. Pero muy poco después se precisó que la revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que puede tener una dimensión sancionadora o no según los casos, de modo que si se basa en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad no se está ante una medida sancionadora, sino meramente de aplicación de esas normas¹³⁰.

Entrar a fondo en todos los elementos que tanto en relación a la revocación de autorizaciones como en relación a la resolución de contratos administrativos puedan ser relevantes, en consideración a las particularidades de cada uno de estos supuestos, de cara a su exacta calificación jurídica, es algo que escapa a las pretensiones de este trabajo. Pero es conveniente su alusión especialmente para reflexionar sobre dos tipos de consideraciones.

La primera se refiere a los elementos que a través de estos casos pueden dar lugar a una definición de la sanción administrativa y sus efectos. Como ya se ha dicho, tanto las vicisitudes transcurridas en el ámbito de una relación contractual como el marco caracterizado por la existencia de una serie de cargas derivadas del otorgamiento de una autorización pueden acoger de forma plausible sendas vías de concreción de la restricción conceptual de las sanciones administrativas. Ahora bien, ello no quiere decir ni que en esas medidas no estrictamente sancionadoras desaparezca toda idea de protección o presencia de garantías del sujeto pasivo, ni que en las medidas propiamente sancionadoras desaparezca, inversamente, toda noción de eficacia y garantía del interés general. Simplemente, de lo que se trata, en lo que constituye sin duda una tarea de esfuerzo continuado del jurista, es de perfilar cuanto más mejor los diversos mecanismos de respuesta que el Derecho debe proporcionar ante las diversas situaciones, en este caso de incumplimientos, que se producen en contextos que pueden ser y que son muy distintos entre sí. Es positivo, por tanto, crear tales soluciones, porque son una muestra de rigor en la disposición del instrumental jurídico, absolutamente necesario si el Derecho quiere llevar a cabo con solvencia la función que le es propia. Incluso se puede llegar a aceptar que, en la medida en que esa tarea de precisión o afinamiento de las soluciones jurídicas se encuentra en estado permanente de evolución y revisión, tales operaciones llevan ínsito un cierto e inevitable elemento de convencionalismo.

¹²⁹ STC 61/1990, de 29 de marzo (FJ 6).

¹³⁰ STC 181/1990, de 15 de noviembre (FJ 4). Puede verse una muestra de la ambigüedad de la configuración de la revocación-sanción en el sector de las telecomunicaciones en Sala Arquer, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 81-83.

Dicho esto, cabe decir que lo que ya puede resultar más arriesgado es efectuar ciertas afirmaciones basadas en consideraciones abstractas sobre la finalidad de las diversas medidas de que se trate. Así, por ejemplo, no es difícil caer en la tentación de realizar afirmaciones como la siguiente: la posibilidad de resolución de un contrato administrativo por incumplimiento del contratista no es una sanción porque, teniendo ésta como finalidad la represión de una conducta ilícita, aquélla tiene la de garantizar, por ejemplo, la buena marcha del servicio, motivo por el cual, entre otras consecuencias, la Administración podría incluso optar finalmente por no resolver el vínculo contractual¹³¹.

Frente a semejante tipo de afirmaciones, cabría decir que una cosa es tratar de aislar ámbitos en los que, por sus especiales características (relación contractual, presencia de "cargas", etc.), es preferible no hablar estrictamente de sanciones, con todo lo que eso conlleva a efectos de régimen jurídico, y otra es pretender derivar o incluso situar como fuente de tal distinción supuestas finalidades ontológicamente diferentes de las diversas medidas. Porque, en efecto, en ese terreno las preguntas pueden amenazar con sucederse sin parar: ¿acaso está desprovista la resolución de un contrato por incumplimiento de condiciones de todo carácter represivo?¹³², ¿acaso está desprovista cualquier sanción administrativa de todo cariz protector del interés general del sector correspondiente? Es dudoso, en efecto, que por el hecho de que por motivos de oportunidad y de técnica jurídica se trate de evitar, como hipótesis, que el ámbito de las sanciones administrativas se desorbite, se derive restringir de raíz el fin perseguido por las sanciones administrativas, desconectándolas para siempre de consideraciones que no sean puramente represivas. A esto, naturalmente, subyace una concepción de fondo sobre el sentido de las sanciones administrativas, concepción cuya formulación completa por nuestra parte no podrá sino resultar del desarrollo de todo el estudio, especialmente en los dos próximos capítulos, y que por tanto es imposible formular agotadoramente aquí. Pero sí que debemos ya expresar nuestra reticencia a este tipo de divisiones tajantes en cuanto a la finalidad de las sanciones y de las otras medidas, lo cual también tiene importantes repercusiones en cuanto a la discrecionalidad.

¹³¹ Las relaciones entre las medidas aquí comentadas y las sanciones administrativas *strictu sensu* a efectos de la consideración de la presencia o no de un margen de discrecionalidad en su adopción constituye precisamente el objeto de la segunda consideración.

¹³² Vid. una consideración sobre la conducta del infractor como elemento clave para hablar de "revocación-sanción" y de "caducidad-sanción" en Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho...*, op. cit., p. 6.

La segunda consideración se refiere precisamente a la implicación que para la apreciación de la discrecionalidad pueda tener este tipo de distinciones. Se recordará que una de las posibles hipótesis a la hora de abordar el objeto de nuestro trabajo era la de pensar que la discrecionalidad resulta apreciable en los casos de ciertas medidas que no tienen carácter estrictamente sancionador, enlazando, como hemos visto, con juicios efectuados acerca de la finalidad de las diversas medidas. Y efectivamente ésta ha sido la clara postura de algunos autores, concretamente en relación a la caducidad de las concesiones por incumplimiento, que establecen una correlación entre las finalidades ("represora" para las sanciones, tutela del interés público para la caducidad), el concepto de sanción, la imposibilidad legal de sancionar con criterios discrecionales y el amplio margen de apreciación discrecional existente para la Administración concedente ante un incumplimiento del concesionario¹³³.

Sin embargo, pese a que esta construcción ofrece un indudable interés, hay que señalar que el punto de vista desde el que se observa la cuestión puede condicionar especialmente en este caso el resultado. Ya no es sólo que sea difícil reducir las definiciones a elementos finalistas en los términos señalados en el anterior punto, sino que además la justificación de la presencia de la discrecionalidad ofrece múltiples facetas difícilmente reductibles a una *summa divisio* como la apuntada. Aparte, pues, del hecho elemental de que toda actuación administrativa sin distinción debe ir orientada a la tutela del interés general, para lo cual no cabe descartar márgenes de apreciación si no es atendiendo a las características concretas de cada norma, es posible además identificar otros elementos más generales que ponen de relieve la ambigüedad de la correspondencia entre sanciones y otras medidas y la presencia de la discrecionalidad.

Concretamente hay que recordar en este punto que en una de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional¹³⁴ se estableció como criterio de distinción entre la revocación que tiene carácter de sanción y la que no lo tiene precisamente el hecho de que reviste carácter sancionador la decisión adoptada que deriva de la valoración discrecional de la conducta del afectado, de manera que la revocación sin carácter sancionador deriva de una decisión de aplicación del ordenamiento sin margen significativo de apreciación¹³⁵. Independientemente de

¹³³ Vid. los argumentos y las referencias que proporciona Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones...*, op. cit., pp. 295-300.

¹³⁴ STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4.

¹³⁵ Transcribimos el párrafo en cuestión de esta sentencia por su importancia: "La revocación de una licencia

que pueda resultar discutible este criterio, lo que resulta evidente es que su sola presencia como argumento acogido por el TC indica que las circunstancias idóneas de presencia de márgenes de apreciación discrecional no se pueden considerar incompatibles con la actividad sancionadora de forma apriorística, sin entrar en argumentos más concretos, de acuerdo con la hipótesis formulada en el capítulo I y que habremos de confirmar a lo largo del trabajo.

c. Las sanciones disciplinarias

En éste, quizá mejor que en ningún otro grupo de casos, es posible observar la presencia de argumentos para defender que, así como no parece demasiado viable poder establecer con rotundidad una separación a partir de finalidades diferentes de cada medida, sí lo es aislar un determinado tipo de actos por motivos de conveniencia o de oportunidad¹³⁶ y teniendo en cuenta sus peculiares características. En nuestra doctrina ya se han expuesto posiciones en esta línea, en la medida en que se han situado entre las "figuras afines excluidas del concepto de sanciones administrativas", "por razones de mera conveniencia", al menos en relación al

constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y otras no. En efecto, en tanto en cuanto la revocación de una licencia, al igual que su no otorgamiento se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación de ese ordenamiento por parte de la Administración competente, tarea en la que el margen de apreciación es escaso. En otros casos, en cambio, la revocación de la licencia responde a un más amplio margen de apreciación en manos de la Administración, que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento; en esos casos, típicos de la denominada por la doctrina "revocación-sanción" este último elemento aparece mucho más patente, tal y como se señalara en la STC 61/1990. Ciertamente, trazar una línea divisoria entre ambas medidas, con pretensión de validez general, resulta poco menos que imposible y, en consecuencia, calificar unas medidas concretas como sanción o simple aplicación de las normas administrativas habilitantes para la gestión de una actividad requiere tener en cuenta las circunstancias de cada caso".

¹³⁶ Podría parecer casi arbitrario hablar de razones de oportunidad a la hora de establecer criterios para calificar jurídicamente una medida determinada, pero las exigencias de la técnica jurídica también pueden pasar por ese tipo de consideraciones sin tener que ser algo reprochable siempre que ello se haga con criterios coherentes y naturalmente sin asumir decisiones que correspondan a otras instancias. En la jurisprudencia francesa puede detectarse un ejemplo de la presencia clara de razones de oportunidad para calificar en uno u otro sentido un determinado tipo de medidas que puede adoptar una determinada autoridad teniendo en cuenta las consecuencias que en términos de efectos jurídicos puede tener esa calificación. Concretamente a propósito de la calificación de ciertos poderes disciplinarios en los ámbitos deportivo y de agentes de cambio como no jurisdiccionales, vid. Degoffe, Michel, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, París, 1996, pp. 55 y 68.

ámbito de su estudio, a las sanciones disciplinarias¹³⁷, las que recaen sobre el personal al servicio de la Administración Pública¹³⁸.

Es difícil, en efecto, negar que, por tomar dos de las notas, como veremos, más características y mencionadas de las sanciones administrativas, una sanción disciplinaria tiene, entre otras, finalidades preventivas y represivas. Cabe insistir en que esto no debe impedir que, dada la innegable peculiaridad del marco que da lugar al ejercicio de la potestad disciplinaria, exista la necesidad de matizar en gran medida muchos de los rasgos y reglas de la potestad administrativa sancionadora hasta el punto de tener que plantear si realmente vale la pena considerar que el de las sanciones disciplinarias puede constituir un ámbito con perfiles propios que cabe separar de las "otras" sanciones administrativas.

Llenando un poco de contenido estas afirmaciones genéricas, podemos decir que ningún problema hay en reconocer, puesto que además es claramente constatable, que por ejemplo en el marco disciplinario del personal al servicio de las Administraciones Públicas la imposición de sanciones se ve condicionada por las especiales características de la relación entre ésta y aquél: marco estatutario, trascendencia de la dimensión organizativa de la Administración¹³⁹, dificultad de prever por ley todos los posibles ilícitos sancionables¹⁴⁰, connotaciones de prestigio para el cuerpo, etc.

¹³⁷ Suay Rincón, *Sanciones...*, op. cit., p. 68. La acotación que hemos realizado sobre el motivo concreto de esta exclusión es importante puesto que el propio autor afirma literalmente que el carácter de sanciones administrativas de las disciplinarias resulta indiscutible.

¹³⁸ Éste es, básicamente, el ámbito concreto al que nos referimos en este apartado al hablar de las sanciones disciplinarias. Naturalmente el mundo de las sanciones disciplinarias abarca muchos más ámbitos. Analizar las peculiaridades de todos ellos evidentemente rebasaría las posibilidades de este estudio. Pero en la medida en que también es evidente que existen rasgos comunes entre ellos y dada la importancia específica del ámbito del personal de las Administraciones Públicas, creemos que al nivel que nos es necesario es suficiente con el enfoque propuesto.

¹³⁹ Vid. por ejemplo acerca de las conexiones entre jerarquía y potestad disciplinaria, Castillo Blanco, *Función pública...*, op. cit., pp. 211-217. Y acerca de la flexibilidad asociada a la ordenación de los aspectos relativos a la organización de los servicios públicos, Marina Jalvo, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 86-87, 104-105 y 254. Destaca la relevancia de la esfera organizativa Lafuente Benaches, Mercedes, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

¹⁴⁰ Vid. por ejemplo Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 146. Se habla así de la indefinición misma de los deberes funcionariales: vid. entre otros Marina Jalvo, *El régimen disciplinario...*, op. cit., p. 151. Máxima expresión de esta característica es una cláusula general del siguiente tipo: "El funcionario comete una falta disciplinaria cuando infringe culpablemente las obligaciones que le corresponden", que aparecía en la la crónica de Siburg, Friedrich-Wilhelm (traducción de A. Nieto) sobre "La jurisdicción disciplinaria en la República Federal

Pero no parece razonable que ello, así como la relevancia de la deontología profesional en este ámbito, pueda llevar a las conclusiones de que el derecho disciplinario tenga como finalidad, no la preventiva y/o represiva, sino sólo la de proteger el funcionamiento interno de la Administración, ni de que se tenga que definir en términos éticos o morales¹⁴¹ a diferencia del resto de las sanciones administrativas. Todos esos elementos están, qué duda cabe, presentes, pero no parece que tenga que reiterarse más el poco sentido que tiene su presentación en clave excluyente o definidora de una presunta naturaleza aparte. En este punto nos parecen satisfactorias las explicaciones dadas en la doctrina italiana por Paliero y Travi, que señalan que, pese a que hoy nadie discute que en la noción de sanción administrativa está comprendida también la sanción disciplinaria, "Tuttavia i profili di differenziazione della sanzione disciplinare rispetto alle altre sanzioni amministrative sono così rilevanti che si deve ammettere che le sanzioni disciplinari costituiscono un settore con autonomia di caratteri e di regime rispetto alla generalità delle sanzioni amministrative"¹⁴². Argumentan estos dos autores que la *ratio* de la distinción se reconduce a la definición de un *status*, que impone unos determinados deberes de conducta particulares pero también relativos al modo global de actuar del sujeto, de acuerdo con exigencias propias de ese *status*. Con lo cual el ámbito de las sanciones disciplinarias se puede determinar localizando los actos administrativos que efectivamente sean constitutivos de esos *status*, actos de asunción, de admisión, de inscripción, o concesión de servicios públicos, a distinguir de meros actos de autorización o de meras situaciones de relaciones públicas duraderas entre Administración y ciudadano, casos en los que, por tanto, se puede hablar, según esta tesis, de sanciones administrativas, pero no del tipo de las sanciones disciplinarias¹⁴³.

Alemana", *RAP*, nº 46, 1965, p. 391.

¹⁴¹ Sobre la necesidad de no confundir la obligación moral con la obligación jurídica en el ámbito del derecho disciplinario, por mucho que la moral y la deontología proporcionen a este derecho su justificación moral o incluso la materia de sus preceptos, todo ello en el contexto de una preocupación por la necesidad de establecer una clasificación de las infracciones disciplinarias, vid. la clásica obra de Delpérée, Francis, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, LGDJ, París, 1969, pp. 22-24 y 144-145.

Vid. también sobre la caracterización que se ha llegado a realizar del Derecho disciplinario en torno al elemento del significado y las valoraciones éticas las referencias y críticas de Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, op. cit., p. 200; de Castillo Blanco, *Función pública...*, op. cit., pp. 217-220 y de Marina Jalvo, *El régimen disciplinario...*, op. cit., pp. 57, 91 y 151.

¹⁴² Paliero, Carlo Enrico y Travi, Aldo, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 49.

¹⁴³ Paliero y Travi, *La sanzione...*, op. cit., pp. 51-54.

Ello no debe impedir, como hemos señalado anteriormente, que las sanciones o medidas tomadas ante ciertos incumplimientos en el marco de relaciones derivadas de autorizaciones¹⁴⁴, tengan también perfiles propios a tener en cuenta. Pero lo más relevante ahora es ver que con este tipo de explicaciones, ciertos elementos que aparecían como particularidades determinantes de la distinción conceptual entre sanción administrativa y disciplinaria, como el de la tendencia a la indeterminación de los supuestos sancionables, aparecen ahora, más diáfano, como consecuencias de un marco definido previamente¹⁴⁵. Que ello es así, puede confirmarse de alguna manera por el hecho de que las necesidades de tener en cuenta la dificultad de tipificar todos los incumplimientos se dejan sentir en otros sectores que claramente no entran en el mundo de las sanciones disciplinarias, como son las relativas al cumplimiento de las normas laborales¹⁴⁶.

Por otra parte, recordemos que parece claro que en nuestra legislación básica está presente el criterio asumido de que las sanciones disciplinarias contienen unas particularidades relevantes que generan unas consecuencias distintivas de otras medidas sancionadoras que también presentan ciertas especialidades, todo ello a través de las disposiciones que establecen el ámbito de aplicación de la ley en este punto¹⁴⁷.

Dejamos aquí estas reflexiones sobre los factores condicionantes de las distinciones conceptuales anunciadas dado que el siguiente paso enlazará directamente con las conclusiones, al menos provisionales, que intentaremos exponer al finalizar este breve

¹⁴⁴ Es abundante la jurisprudencia del TS que hace referencia a la relación permanente que surge con ocasión de las autorizaciones de funcionamiento. Vid. por todas, muy explícitamente, la STS 2 enero 1989, Ar. 377, FJ 4.

¹⁴⁵ "La fattispecie, nel caso delle sanzioni disciplinari, può anche essere indeterminata, [...] Ma questo non costituisce un elemento utilizzabile per la definizione della figura della sanzione disciplinare [...] Costituisce, più semplicemente, una conseguenza del modo di essere proprio della sanzione disciplinare, che, come si è detto, è definito dal riferimento a una qualifica o a uno *status*" (Paliero y Travi, *La sanzione...*, op. cit., pp. 54-55).

¹⁴⁶ Vid. un ejemplo de comentario doctrinal sobre la presencia de este problema relativo a la tipicidad en el orden social en Del Rey Guanter, Salvador, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 162, 169 y 177.

¹⁴⁷ Así, el art. 127.3 LRJPAC, que encabeza el capítulo referido a los principios de la potestad sancionadora, establece que "Las disposiciones de este Título [título IX, el relativo a la potestad sancionadora] no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual". Y su disp. ad. 8ª reitera que los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria a los que nos hemos referido se regirán por su normativa específica, "no siéndoles de aplicación la presente Ley", siendo así que, por ejemplo, para los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social rigen subsidiariamente las disposiciones de esta Ley, de modo explícito (disp. ad. 7ª).

recorrido por distintas figuras que pueden poner a prueba la necesidad de perfilar la noción de sanción administrativa.

d. Medidas de policía y reparadoras

Los argumentos que utilizan las finalidades u objetivos de cada tipo de medidas tomadas por las Administraciones Públicas vuelven a aparecer con fuerza cuando se trata de distinguir las medidas de policía y reparadoras en un sentido amplio de las sancionadoras. Y si en efecto ambas permiten plantear líneas sugestivas de distinción, no menos cierto es que son muy destacables las dificultades de cerrar el círculo de la distinción sin que aparezcan y se reproduzcan dudas no menores.

d.1 Medidas de policía

Empezando por las medidas de policía, los argumentos para distinguirlas de las sanciones, con todas las consecuencias que ello conlleva, ya se han repetido de tal manera que su reproducción sonaría a tópico, sin que ello reste un ápice de valor al esfuerzo conceptual presente en ellos. Por decirlo en dos palabras, medidas de policía y medidas sancionadoras tendrían una finalidad distinta: preventiva las primeras, represiva las segundas. Carácter anterior para unas, posterior para otras¹⁴⁸, lo cual explica el régimen jurídico distinto, aunque sin dejar de presentar aspectos en común¹⁴⁹.

Tal como hemos dicho, lo repetido y casi tópico de la fórmula no debe ocultar la relevancia de las reflexiones que han hecho posible llegar a ella y otras muchas apreciaciones, tarea en la que sin duda siguen siendo un punto de referencia ineludible los trabajos de Picard en la doctrina francesa y de Rebollo en la doctrina española¹⁵⁰. Con la ayuda de estos autores es posible concretar algo más esta dualidad, cuya presentación inicial en términos tan simples

¹⁴⁸ Vid. sobre esta clásica y aparentemente clara presentación, por todos, Suay Rincón, *Sanciones...*, op. cit., p. 64.

¹⁴⁹ Vid. sobre esto último las interesantes consideraciones realizadas en el estudio del Consejo de Estado francés, *Les pouvoirs de l'Administration...*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁵⁰ Cuya cita de inmediato conoceremos.

no es difícil intuir que será presa fácil para problemas surgidos de planteamientos más matizados, como veremos.

Estando dirigidas las medidas de policía a mantener o restaurar el orden público en cualquiera de sus manifestaciones -salud, seguridad, tranquilidad-, es normal entender que su régimen jurídico debe ser distinto al de las sanciones administrativas, dado el deber general de no perturbar el orden público y que ello hace difícil, en realidad imposible, prever de antemano todas las concretas vulneraciones posibles susceptibles de una reacción restrictiva de la actividad del sujeto implicado¹⁵¹. Lo cual, por otra parte, no puede hacer perder de vista la importancia del respeto de los principios constitucionales en su aplicación¹⁵². En cambio, frente a ello, la sanción lo que supone es una reacción punitiva, que castiga un hecho determinado, y al no pretender evitar perjuicios al orden público no le resultan aplicables los principios propios de la actividad de policía administrativa¹⁵³. Las diferencias de régimen jurídico que todo ello conlleva no se refieren solamente a la delimitación inicial de las conductas que provocan la adopción de las medidas, sino que también pueden condicionar la perspectiva desde la que se aplican principios como el de la proporcionalidad¹⁵⁴.

Sin embargo, como se ha adelantado, todo lo que inicialmente parece fuente de claridad deviene difuso si se cambia o si se amplía mínimamente la perspectiva. Dejando de lado el hecho de que a veces las sanciones administrativas hayan sido ubicadas doctrinalmente en la policía administrativa¹⁵⁵, lo cierto es que las conexiones entre medidas de policía y sanciones son claras también a nivel de los fines perseguidos. Y es que, si bien, como hemos visto, hay poderosas razones para no reconducir la potestad sancionadora al poder de policía, la misma doctrina que ha destacado este aspecto reconoce que, pese a ello, no siendo posible una consideración aislada de las sanciones administrativas, éstas vienen establecidas para que conductas perturbadoras del orden público no se realicen. De modo que no es incorrecto decir

¹⁵¹ Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 38 y 274-275, entre otras. Del mismo autor, "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", *RYAP*, nº 54, 1999, pp. 263 ss. Vid. también Picard, Etienne, *La notion de police administrative*, LGDJ, París, 1984, pp. 339-341 y 356-357.

¹⁵² Vid. Agirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 334 ss.

¹⁵³ Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 446 y 564, entre otras.

¹⁵⁴ Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 739-755.

¹⁵⁵ Vid. la clasificación establecida por Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, p. 77. Vid. también Domínguez Vila, *Constitución y Derecho...*, op. cit., pp. 101-102.

que, al igual que las medidas de policía, las sanciones tienen como fin que no se produzcan perturbaciones del orden público a través del castigo de conductas contrarias al mismo. Se trataría pues de medios distintos y complementarios dirigidos al mismo fin¹⁵⁶. Y, desde otro punto de vista, si distintas medidas pueden tener los mismos fines, una medida, según la perspectiva desde la que se considere, puede albergar varios fines, tanto preventivos como represivos¹⁵⁷.

Así pues, resulta tremendamente difícil decidir, acerca de determinadas medidas (especialmente del tipo revocación de autorizaciones, cierres de locales, retirada de productos¹⁵⁸...), si se trata de medidas de policía o de sanciones sin tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y de la decisión. Y de la misma manera resulta muy complicado reducir a un solo fin una determinada medida. Se ha de tener en cuenta que las medidas sancionadoras tampoco tienen un sentido exclusivamente represivo, dado que su finalidad disuasoria precisamente tiende a prevenir la comisión de la infracción¹⁵⁹. Y, como volveremos a ver, es incluso típica su definición como medidas con una finalidad a la vez preventiva y represiva.

Por otra parte, la doctrina francesa ha señalado un fenómeno curioso de permuta de roles entre la causa y el efecto en lo que se refiere a la naturaleza de una medida y su régimen jurídico. De modo que si el juez califica un acto como de policía, no sería tanto por su naturaleza que conlleva la inaplicación del procedimiento contradictorio como porque por una u otra razón (por ejemplo a la vista de la levedad de la medida), el juez quiere sustraerlo a ese procedimiento. E inversamente, no es tanto porque el acto sea por naturaleza una sanción que el juez lo somete a un procedimiento contradictorio, sino porque, siendo sensible en

¹⁵⁶ Vid. sobre estas conclusiones, en relación concretamente a la salud pública y la alimentación, Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 447-449.

¹⁵⁷ "un grand nombre de mesures relèvent, selon les circonstances, de la catégorie des sanctions ou de celle des mesures de police": Conseil d'État, *Les pouvoirs...*, op. cit., p. 38. La relatividad de las distinciones entre medidas de policía y de sanción la ejemplifica Picard con el caso de la suspensión del permiso de conducir impuesta al conductor que no ha respetado una línea continua: en principio esta medida parece claramente constituir una sanción, y no una medida de restablecimiento del orden público (sería ya demasiado tarde). Pero con un ligero cambio de perspectiva todo puede presentarse de forma diferente: la comisión de tal acto pone de manifiesto una conducta que puede implicar la consideración de un peligro público que es necesario eliminar de la circulación para proteger la seguridad de todos, llegándose así a la conclusión del carácter de medida de policía: Picard, *La notion...*, op. cit., pp. 770-771.

¹⁵⁸ Carretero Pérez y Carretero Sánchez, *Derecho...*, op. cit., p. 174.

¹⁵⁹ Vid. por ejemplo Delmas-Marty, Mireille y Teitgen-Colly, Catherine, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, París, 1992, pp. 47-48.

determinados casos a los riesgos de arbitrariedad o a la gravedad de la medida, estima oportuno que venga dotado de tal garantía¹⁶⁰. Fenómeno éste digno de ser indicado dado que, como al inicio se ha señalado, la voluntad de precisar la noción de sanción va asociada a la de delimitar la aplicación de un determinado régimen jurídico.

Dados todos estos datos debemos exponer nuestra impresión. Parece razonable entender que el criterio no se situaría tanto en los fines en abstracto como en la perspectiva desde la que se tratan de conseguir. De este modo, no se trata de descartar fines relativos a evitar perturbaciones al orden público en relación a las sanciones, sino que a lo máximo a lo que parece ser posible llegar es a decir que lo característico de las medidas de policía es que van dirigidas a restablecer de modo inmediato o urgente tal situación de perturbación, siendo la única medida posible a tal efecto¹⁶¹.

¹⁶⁰ Picard, *La notion...*, op. cit., p. 359. Vid. también Dellis, Georges, *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit administratif répressif*, LGDJ, París, 1997, pp. 140-144.

¹⁶¹ Sobre este criterio de la situación objetiva que justifica imperativamente, dadas las necesidades inmediatas del orden público, la adopción de medidas como la revocación de autorizaciones, puede verse Picard, *La notion...*, op. cit., p. 773. En el ordenamiento jurídico francés hay que destacar que el art. 8.I del Decreto 83-1025, de 28 noviembre 1983, sobre las relaciones entre la Administración y los usuarios, dispone que:

"Sauf urgence ou circonstances exceptionnelles, sous réserve des nécessités de l'ordre public et de la conduite des relations internationales, et exception faite du cas où il est statué sur une demande présentée par l'intéressé lui-même, les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 susvisée ne peuvent légalement intervenir qu'après que l'intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites".

Como dentro de las decisiones que deben ser motivadas se incluyen las que constituyen "medidas de policía" (art. 1 de la ley de 1979 mencionada, sin ser ello obstáculo al reconocimiento de la posibilidad de motivación posterior a petición del interesado en casos de urgencia absoluta, art. 4) eso quiere decir que el procedimiento contradictorio ya no constituye criterio de diferenciación entre medidas de policía y de sanción, pasando en cambio a ser decisivos criterios como la urgencia. Vid. también Picard, *La notion...*, op. cit., p. 765. La situación no ha cambiado sustancialmente con la redacción del art. 24 de la Ley 2000-321, de 12 abril 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones: se añade la posibilidad, sobre la base de demanda del interesado, de presentar observaciones orales y, además de disponerse la excepción inicial "des cas où il est statué sur une demande", se establecen como supuestos de inaplicabilidad los siguientes: casos de urgencia o de circunstancias excepcionales, situaciones comprometidas para el orden público o la dirección de las relaciones internacionales, y decisiones para las que disposiciones legislativas han establecido un procedimiento contradictorio particular.

En nuestra doctrina Rebollo Puig expone que así como la sanción "no se impone por razón de mantener o restaurar la salud pública. A lo sumo se conecta con esta idea como medio de prevención general, al igual que la pena", las medidas policiales "fundamentalmente no son la consecuencia de una conducta sino la consecuencia de una situación de peligro; esencialmente no constituyen un mal, sino un deber" (*Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 682-683). Ya Martín-Retortillo destacaba también que la producción de ejemplaridad no tiene por qué depender de la urgencia en la imposición de la sanción: Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 239-242.

Podemos considerar sanción, así, toda medida que, implicando un resultado desfavorable para el interesado y como consecuencia de evaluar una determinada conducta a través de un procedimiento, no está únicamente determinada por esos motivos de urgencia para restablecer el orden público.

A pesar de que, por tanto, sea deseable y factible encontrar criterios últimos de distinción, si algo muestra con claridad la dualidad de sanciones y medidas de policía es la importancia de relativizar las consideraciones abstractas, por ejemplo y muy particularmente sobre la finalidad de una medida, y de tener en cuenta las circunstancias del caso. Un determinado grado de gravedad de las consecuencias acompañado de un ligero cambio de perspectiva puede llegar a mutar la calificación definitiva, lo cual no deja de ser inquietante para la tarea doctrinal de sistematización y de suministro de criterios. La complejidad de las variadas situaciones que se pueden plantear y de las múltiples apreciaciones que sobre ellas pueden recaer aconseja más entrar en el campo de lo gradual que en el de lo esencial, por mucha desilusión que pueda conllevar esto en principio. Pero ello ya nos sitúa, dando un paso más, en el terreno de las conclusiones, de modo que a ellas cabe esperar.

d.2 Medidas reparatoras

Queda por mencionar, pues, por último, el tema de las medidas reparatoras en sentido amplio. Es ésta también una dualidad en la que la distinción binaria de finalidades aparece en principio diáfana. La finalidad de la medida sancionadora sería la de castigar, la de la reparatora, reparar o restaurar el estado inicial de las cosas¹⁶². Finalidades diferentes que, según se ha llegado a formular, no pueden ser cumplidas por la misma figura, dada la diferencia de principios que pueden llegar a ser contradictorios¹⁶³.

Pero la necesidad de separar debidamente las medidas reparatoras de las sancionadoras no sólo viene formulada por la doctrina, sino que encuentra claros apoyos normativos y jurisprudenciales. Así, a nivel normativo hay que tener presente lo que dispone la LRJPAC,

¹⁶² Vid. por ejemplo Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?...*, op. cit., pp. 48-49; Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., p. 191.

¹⁶³ Vid. en este sentido Suay Rincón, *Sanciones...*, op. cit., p. 71. Vid. también Verdú Mira, Antonio T., *El régimen jurídico de los ilícitos urbanísticos (legislación estatal y autonómica)*, Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 89-91.

que distingue ambos tipos de medidas al hacerlas compatibles¹⁶⁴. Y en cuanto a la jurisprudencia, recientemente, siguiéndose el signo de varios precedentes, se ha planteado explícitamente que el "problema jurídico a resolver" en el caso es el de "si debe entenderse que constituye propiamente hablando una sanción administrativa la obligación de reponer el suelo forestal que, según el inciso final del artículo 432.1 del Reglamento de Montes, debe ir aneja a la imposición de una sanción por haber contravenido los mandatos del ordenamiento aplicable en materia forestal", aspecto que determinaba la aplicación o no del plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Tras considerar diversas alegaciones y posibilidades, en este caso -del que cabe remarcar que comprobada la infracción de haber roturado suelo forestal la Administración no aplicó la sanción principal prevista de multa por la gran dificultad de su cálculo¹⁶⁵ imponiendo entonces formalmente como sanción la obligación de repoblar los terrenos afectados- el alto tribunal opta, ante la oscura dicción de la norma a este respecto, por la clara distinción: "si bien la obligación de repoblar el suelo forestal tiene un contenido gravoso para el afectado, no puede equipararse en buena técnica jurídica con la sanción impuesta por haberse cometido una infracción administrativa", interpretación que se estima más acorde con la realidad social de nuestro tiempo (art. 3.1 CC), teniendo en cuenta además que el deber de repoblación se produce tanto cuando la roturación es ilícita como lícita¹⁶⁶. Cabe además añadir que en una sentencia precedente que apuntó a la misma solución¹⁶⁷ se señaló la distinción -siguiendo la misma normativa reglamentaria de montes y a efectos de prescripción- no sólo entre la obligación de repoblar y la sanción pecuniaria sino también entre la obligación de repoblar y la indemnización de daños y perjuicios a terceros. Si bien es cierto que ello obliga a ser consciente de las particularidades de los diversos tipos de medidas, no parece, como se verá a continuación, que se invalide la pertinencia de hablar de medidas reparadoras en sentido amplio.

Pero las mismas fuentes que parecen arrojar alguna luz a la distinción entre medidas reparadoras y sancionadoras suministran también serias dudas a poco que se profundiza en ella, tal como sucedía con las medidas de policía. Una vez más, la constatación inicial a partir

¹⁶⁴ Art. 130.2: "las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados [...]".

¹⁶⁵ La multa se calcula teniendo en cuenta el valor de los productos forestales ilícitamente talados o cortados.

¹⁶⁶ STS 22 abril 1999 (Ar. 4179, Baena del Alcázar, FFJJ 2 y 3).

¹⁶⁷ STS 24 enero 1991 (Ar. 336, Sanz Bayón, FFJJ 2-3).

de la que pueden derivar en cadena todos los problemas es que las dos finalidades en principio opuestas pueden coexistir¹⁶⁸. Además, alguno de los autores que con más énfasis ha defendido la necesidad de separar ambos aspectos, reconoce sin embargo que hay casos en los que es inevitable actuar al amparo de la sanción para exigir los perjuicios ocasionados, concretamente aquellos en que los daños producidos a la Administración son imposibles o muy difíciles de cuantificar y aquellos otros en que los afectados son sobre todo los particulares¹⁶⁹.

Si doctrinalmente, como seguiremos viendo también, no faltan dudas importantes, también la legislación las plantea. Es pertinente en este punto recordar que la misma LRJPAC establece como uno de los criterios especialmente a seguir para graduar las sanciones "la naturaleza de los perjuicios causados"¹⁷⁰. Y sobre todo que son numerosas las normas que incorporan como criterio de graduación de la sanción a imponer o de calificación de la infracción el perjuicio o daño causado o la eventualidad de su reparación¹⁷¹, lo cual obliga a reconocer una conexión entre ambos aspectos, aunque no obliga a negar que son diferenciables¹⁷². A veces, la separación de medidas reparadoras y sancionadoras aparece formulada de modo especialmente firme en la ley, firmeza dirigida sobre todo a disponer la irrenunciabilidad de las primeras¹⁷³.

Existen dos ámbitos, tal como se ha podido intuir a través de las citas realizadas hasta ahora, que tienen un protagonismo claro en este tipo de cuestiones y que pueden ayudar a

¹⁶⁸ Por establecer el paralelismo con las citas anteriores, vid. Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?*..., op. cit., p. 49; Dellis, *Droit Pénal*..., op. cit., pp. 191 ss.

¹⁶⁹ Suay Rincón, *Sanciones*..., op. cit., p. 72.

¹⁷⁰ Art. 131.3.b.

¹⁷¹ Como ejemplo del criterio de los daños y perjuicios para graduar la sanción puede verse el art. 33 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, o el art. 35 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos. Como ejemplo del criterio de la menor o mayor dificultad de la reparación como criterio de calificación (grave, muy grave, etc.) de la infracción, el art. 75 de la Ley catalana 6/1988, de 30 de marzo, forestal. En esta misma ley la entidad y la importancia de los daños causados y las posibilidades de reparación de la realidad física alterada constituyen criterio de fijación de la cuantía de la multa perteneciente a cada tipo de infracción (art. 77).

¹⁷² Como prueba, la propia Ley de carreteras antes citada establece en su art. 34.2 que "la imposición de la sanción que corresponda será independiente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados [...]".

¹⁷³ Es lo que se puede observar en el art. 274 del texto refundido en materia urbanística en Catalunya, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio. En él, entre otras cosas, se dispone que en ningún caso la Administración podrá dejar de adoptar las medidas tendentes a volver a poner los bienes afectados en el estado anterior a la producción de la situación ilegal y que las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de las medidas indicadas anteriormente.

acabar de comentar aspectos problemáticos sobre las mismas: el ámbito del dominio público y el ámbito fiscal.

En relación al ámbito de la protección del dominio público, no es difícil intuir que dada la peculiaridad del objeto de protección, la idea de reparación de daño y de sanción están singularmente vinculadas. Si un objeto principal de la legislación de dominio público es su protección, todas las normas incluidas en ella, también las de régimen sancionador, deben estar orientadas a prevenir la producción de daños sobre estos bienes. De ahí que el hecho de causar daños a los mismos forma parte con naturalidad de la definición legal de ciertas infracciones que encabezan los artículos relativos a la potestad sancionadora¹⁷⁴.

La conexión clara existente entre represión y reparación en la legislación administrativa de protección del dominio público es algo que cabe destacar de forma muy relevante desde un punto de vista histórico, tal como ha mostrado de forma prolija en nuestra doctrina un estudio de Font i Llovet. En él se pone de relieve que a lo largo de diversos momentos históricos las medidas de sanción y de reparación ante comportamientos lesivos del dominio público, pese a ser conceptualmente separables¹⁷⁵, han protagonizado, configurándose como facetas muy ligadas¹⁷⁶, uno de los capítulos más interesantes de la formación de nuestro Derecho

¹⁷⁴ Valgan los siguientes dos ejemplos:

- Art. 108.a de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas: "Se considerarán infracciones administrativas: Las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas".

- Art. 37.1 de la Ley catalana 11/1981, de 7 de diciembre, de patrimonio de la Generalitat de Catalunya: "Els particulars, [...], que [...] causin danys en el domini públic de la Generalitat [...] estaran obligats a reparar el dany i a restituir el que hagin sostret i seran responsables de la comissió de fets constitutius d'infracció administrativa".

¹⁷⁵ Font i Llovet, Tomàs, "La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños", *RAP*, nº 123, 1990: se habla así de "consecuencias conceptualmente diferenciadas" (p. 14), de una "diferencia clara" entre ambas (p. 48), de "instituciones distintas" (p. 68) y de "naturalezas diversas" (p. 77).

¹⁷⁶ Se pone así de relieve cómo por ejemplo en la etapa anterior a 1845 se confirma la atribución de potestades sancionadoras en manos de las autoridades administrativas contra los causantes de daños en los bienes públicos, potestad punitiva que "continuará estando ligada estrechamente a la reparación de los daños y al resarcimiento de los perjuicios ocasionados" (Font i Llovet, "La protección...", op. cit., p. 32). Esta conexión producida entre la reacción pública de tipo represivo y la obligación de reparar o resarcir ya se había dado en las fuentes medievales (p. 11). Y en relación a la proposición de Ley sobre organización de los Consejos de provincia de Silvela (1838) se comenta cómo "no puede ser más rotunda la identidad entre la potestad sancionadora de los tribunales administrativos y la finalidad resarcitoria, la reparación de daños" (p. 41), poniéndose así de relieve "el significado prevalentemente reparador, resarcitorio, que en aquel intento se atribuía a la potestad sancionadora no penal" (p. 46). Otros datos interesantes del estudio mencionado a destacar son: la finalidad de restitución, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios, y no sólo preventiva ni exclusivamente represiva de la "policía de los montes" en la regulación de 1833 (p. 48); el hecho de que, en general y sobre la

Administrativo. Conocida es, a este respecto, la importancia también histórica de la configuración, en la que el aspecto reparador del dominio público es clave y convive con el aspecto punitivo, de las *contraventions de grande voirie* en Francia¹⁷⁷.

El ámbito fiscal es otro de los que pueden plantear reflexiones en la línea de cuestionar la presunta distinción clara entre finalidad punitiva y reparadora. Las sanciones fiscales y otras medidas de naturaleza menos clara se sitúan, como es fácil intuir, siempre entre la reparación pecuniaria y el aspecto punitivo¹⁷⁸. La perspectiva desde la que se contemple la adopción de estas medidas y la importancia material de la gravedad de las mismas a la hora de llegar a una conclusión vuelven a ser, al igual que ocurría con la dualidad de las medidas de policía y sancionadoras, factores decisivos, y en ese sentido cabrá completar la reflexión en las conclusiones provisionales a formular más adelante.

Antes cabe señalar que las dudas que puede generar la calificación de ciertas medidas en el ámbito fiscal según la perspectiva que se adopte han sido especialmente visibles en la jurisprudencia reciente del TC. Concretamente a propósito del recargo previsto en el art. 61.2 LGT, un recargo específico sobre la deuda tributaria para los pagos tardíos espontáneos (sin requerimiento) de tales deudas objeto de autoliquidación. Al tratar de dilucidar la naturaleza jurídica de este recargo, el TC¹⁷⁹ afirma que no se puede en este terreno establecer un reduccionismo entre indemnización y sanción, sino que es posible que haya figuras que tengan finalidades características, aunque tengan una parte en común con las de aquéllas. En la medida en que dicho recargo, del 10%, tiene como uno de sus ingredientes, no exclusivo hasta que alcanzan dicho 10% de la deuda tributaria, los intereses de demora, tiene una finalidad resarcitoria pero también disuasoria, coercitiva o de estímulo (para el cumplimiento de las

misma época la potestad sancionadora se halla vinculada sobre todo por yuxtaposición a la posibilidad de imponer el deber de resarcir los daños, "pero que conceptualmente autoriza a pensar en una cierta identificación en cuanto a su fundamentación y finalidad" (p. 54); o el acompañamiento de la potestad sancionadora de la posibilidad de imponer el oportuno resarcimiento en la legislación de la segunda mitad del siglo XIX (p. 67). En definitiva se observa una "permanente relación entre sanción administrativa e indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los bienes públicos" (p. 80).

¹⁷⁷ Vid. concretamente sobre este tipo de consideraciones: Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., pp. 192-195.

¹⁷⁸ Aspecto abundantemente comentado en la doctrina francesa: vid. por ejemplo Conseil d'État, *Les pouvoirs...*, op. cit., p. 42 y Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., pp. 195-203. Este último autor, al preguntarse si cabe adoptar la tesis de asimilación de las multas fiscales a las sanciones administrativas, concluye que "il serait préférable d'éviter une qualification générale, en raison de l'extrême diversité de ce genre de pénalités, dont le caractère répressif est toujours existant sans être nécessairement le plus marquant" (pp. 198-199).

¹⁷⁹ En su sentencia 164/1995, de 13 de noviembre.

obligaciones tributarias) con puntos en común con las sanciones administrativas del mismo ámbito. Lo cual lleva al TC a no considerarla ni sanción ni medida de indemnización¹⁸⁰.

El carácter no sancionador y sí indemnizatorio o de compensación de los intereses de demora, tal como ya habíamos anunciado en relación a alguna otra sentencia del TC, y la posibilidad de confluir diversas finalidades en una determinada medida teniendo más o menos en común matices de otras reacciones previstas por el ordenamiento jurídico son conclusiones que cabe extraer de esta línea jurisprudencial.

Saliendo ya del plano concreto de estos dos grupos de casos hay que decir que, en efecto, la convivencia de aspectos punitivos y reparadores y su práctica confusión según la perspectiva que se adopte hace difícil llegar a conclusiones claras acerca de la debida distinción y calificación de un determinado conjunto de medidas. No debemos olvidar que además ciertos aspectos de la práctica legislativa pueden incidir en este tipo de confusiones, como la asunción por parte de las cuantías de las multas de la función de la privación de los beneficios ilegales obtenidos a través de la conducta constitutiva de la infracción sancionada¹⁸¹.

Por otra parte, también desde una perspectiva general, es bien conocido, sin que ahora sea pertinente ir más allá de esta referencia, que en el ámbito del debate sobre las justificaciones de la sanción penal, la reparación de los daños es algo que no se pierde de vista por ejemplo a la hora de conseguir un adecuado nivel preventivo general¹⁸².

¹⁸⁰ FFJJ 4 y 5 de la mencionada sentencia. Sobre lo que ello supone para el concepto de sanción en positivo, sobre las discrepancias del voto particular existente y sobre las últimas decisiones del TC sobre esta cuestión volveremos un poco más adelante. Aquí debemos simplemente señalar que el mismo pronunciamiento que el de la sentencia mencionada se encuentra en otros posteriores, como la STC 198/1995, de 21 de diciembre, la STC 44/1996, de 14 de marzo; la STC 141/1996, de 16 de septiembre, el ATC 57/1998, de 3 de marzo y el ATC 237/1998, de 10 de noviembre.

¹⁸¹ Cabe recordar que el art. 131.2 LRJPAC establece que "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Hay que recordar también, al hilo del texto, las críticas doctrinales que se han formulado ante las anómalas funciones asumidas por las sanciones: García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso...*, op. cit., pp. 194-195. Más en general se ha sostenido que en muchos casos las sanciones administrativas "guardan un importante valor de "comiso", "retiro de los efectos del delito" o "indemnizatorio", lo que debe ser tenido en cuenta para apreciar su proporcionalidad (García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria de la Administración Pública", *Actualidad en el Derecho Público*, 8, 1998, pp. 152-153).

¹⁸² Vid. Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 251 y 294-295. Vid. sobre la idea de reparación como parte de la represión, Van de Kerchove, Michel, "L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal", en Gérard, Philippe; Ost, François y Van de Kerchove, Michel (dir.) *Droit et intérêt*, Publications des Facultés

Poco más se puede decir de novedoso en relación al tipo de formulación realizada al hablar de las medidas de policía y que no suponga adelantar las conclusiones posteriores, que no sea la propuesta como criterio último de calificación de la necesidad exclusiva de responder a las exigencias inmediatas, en este caso de reparación en sentido amplio de una determinada situación, como característica propia de las medidas reparadoras. De forma que sólo podría quedar excluido de las medidas de tipo sancionador, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, el tipo de medidas que respondan única y necesariamente a esa motivación. De todos modos, la pluralidad y diversidad de situaciones que se pueden ver englobadas en este ámbito de reflexión hace extremadamente arriesgada cualquier formulación general.

F. Algunas conclusiones provisionales

A la vista de la gran variedad de supuestos mencionados hasta ahora, cada uno de ellos planteando problemáticas específicas, resultaría poco menos que presuntuoso, por no decir directamente imposible, querer extraer una conclusión global. Pero sí que es un deber que no podemos rehuir el de formular algunas conclusiones a los efectos de nuestro objeto de tesis para poder continuar. Sobre todo si se quiere dar respuesta al inquietante planteamiento que hacíamos al principio sobre las dudas de permanencia de la cuestión de la discrecionalidad en el ámbito propio de las sanciones administrativas.

Intentaremos ordenar las conclusiones a través de los siguientes epígrafes.

a. Dificultades para una noción en positivo de *sanción administrativa*

Lo primero que se desprende de todo lo comentado es la dificultad enorme de realizar una formulación en positivo de la noción de *sanción administrativa* que vaya, pues, más allá de ir eliminando supuestos concretos, aunque solamente sea por la diversidad de los plurales ámbitos que se encuentran presentes en tal tarea. Ámbitos de los que hemos podido comentar una muestra significativa, pero cuyo repaso exhaustivo seguramente resulta una tarea parecida a poner puertas al campo debido a la comentada correlación entre norma y sanción en un sentido amplio.

Encontrar una supuesta esencia última de la sanción que permita separar con seguridad esta medida de otras parece algo a estas alturas inviable. Sin embargo, intentos en esa línea no siguen faltando, y aquí es obligado volverse a referir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pueden destacarse como aspectos concretos y útiles a tener en cuenta de esta jurisprudencia para perfilar la noción de sanción encuadrable en el art. 25 CE los siguientes:

- La medida sancionadora debe basarse en la apreciación de una conducta de la persona implicada¹⁸³, debiendo valorarse la culpabilidad del infractor¹⁸⁴.

- En el caso de las revocaciones con carácter de sanción, éstas son decisiones en las que la Administración valora con un cierto margen de apreciación las conductas que pueden ser contrarias al ordenamiento. Si no existe nada que haga presumir que la decisión deriva de la valoración discrecional de conductas del afectado, la medida adoptada no puede calificarse de sanción¹⁸⁵.

- La sanción es predicable de las medidas que obedecen al incumplimiento de las obligaciones derivadas por ejemplo de una determinada relación jurídica establecida por una concesión. Dicho en negativo, pero añadiendo elementos precisos de interés, no es sancionadora aquella medida adoptada para restablecer la legalidad conculcada frente al sujeto que, a causa de no haber dado cumplimiento a los requisitos del desarrollo de una determinada actividad, no adquiere el derecho a llevarla a cabo, emprendiéndola pese a todo¹⁸⁶.

De forma paralela, tampoco considera el TC sanción la "mera denegación de una solicitud de pensión basada en el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley", no pudiendo haber una privación de un derecho por cuanto lo único que existe es una expectativa de alcanzarlo¹⁸⁷.

¹⁸³ Vid. por ejemplo la STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2; la STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 6 y la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.

¹⁸⁴ Vid. por ejemplo la STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 4.

¹⁸⁵ Recordemos que esta doctrina está contenida en la ya comentada STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4.

¹⁸⁶ STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 3. En la misma línea, la STC 144/1987, de 23 de septiembre, había resuelto que "no puede decirse que sea culpable aquel que, por no haber cumplido los requisitos reglamentariamente establecidos para el desarrollo de determinada actividad, no ha adquirido el derecho a llevarla a cabo" (FJ 2). En ambos casos se trataba de interrupciones de emisión y de precintado de equipos de sendas emisoras de radio.

¹⁸⁷ STC 136/1988, de 4 de julio, FJ 4. En el mismo sentido, la STC 166/1990, de 29 de octubre, FJ 2.

Criterio éste que parece también estar consolidado por la legislación, ya que, tal como señalamos en su momento, son varias las leyes que explícitamente señalan que no tienen carácter de sanción, entre otras medidas, la clausura y cierre de instalaciones que no cuenten con las previas autorizaciones. Debe recordarse también que no se ha considerado sanción la denominada "expropiación-sanción" consecuencia última del incumplimiento por los propietarios de los compromisos contraídos con la Administración respecto a la explotación y mejora de una finca, ya que se trata, según el TC, de "consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar con atención a esa prioritaria finalidad"¹⁸⁸.

Sin embargo, como criterio último, el alto tribunal parece haber apostado definitivamente por la vía de considerar una determinada finalidad como la esencial para decidir si estamos ante una sanción administrativa, la finalidad represiva o punitiva¹⁸⁹, en el ejercicio del *ius puniendi*¹⁹⁰. Vía que no está exenta de plantear serias dudas, como pueden ser, de forma especialmente destacada y reciente, las generadas en torno al recargo tributario del art. 61.2 LGT mencionado en anteriores apartados.

Ya habíamos adelantado que el Tribunal Constitucional, en una serie de sentencias que se iniciaba con la 164/1995, ha considerado que tal recargo, del 10% de la deuda tributaria por ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, no es una sanción pese a tener

¹⁸⁸ STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 4.

¹⁸⁹ Vid. sobre el carácter punitivo como elemento definidor, recientemente, al hilo de un comentario que revisa la cuestión de los contenidos de las sanciones: Rebollo Puig, Manuel, "El contenido de las sanciones", en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2001, sobre infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, pp. 153-157.

¹⁹⁰ Vid. entre otras la STC 239/1988, de 14 de diciembre (FJ 2), la STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 4 y la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 3. El TEDH tampoco ha prescindido de la finalidad -no orientada a la reparación pecuniaria de un perjuicio, represiva, preventiva o disuasoria- como elemento que define la *materia penal* del art. 6 CEDH, pero sin renunciar a manejar otros criterios, a modo de suma de indicios si es necesario, como los del grupo de personas potencialmente afectado por la disposición, la naturaleza de la infracción, la naturaleza y gravedad o severidad de la sanción (especialmente si se puede llegar al resultado de una pena privativa de libertad) o la calificación en el Derecho interno del estado afectado. A Partir de la STEDH 8 junio 1976, caso Engel y otros contra Holanda, son varias las resoluciones en que se observa el recurso a estos diversos criterios. Podemos citar las siguientes: STEDH 21 febrero 1984, caso Öztürk contra la República Federal de Alemania (pto. 53); STEDH 25 agosto 1987, caso Lutz contra la República Federal de Alemania (pto. 54); STEDH 27 agosto 1991, caso Demicoli contra Malta (ptos. 31-34); STEDH 24 febrero 1994, caso Bendenoun contra Francia (ptos. 45-47); STEDH 23 octubre 1995, caso Gradinger contra Austria (ptos. 35-36); STEDH 29 agosto 1997, caso A.P., M.P. y T.P. contra Suiza; STEDH 24 septiembre 1997, caso Garyfallou AEBE contra Grecia; y STEDH 2 septiembre 1998, caso Lauko contra Eslovaquia (ptos. 53-58).

indudablemente finalidades, además de resarcitorias, disuasorias del pago impuntual de las deudas tributarias¹⁹¹. Pero el criterio que lleva a excluir en definitiva la finalidad represiva o punitiva del recargo pende de un hilo, ya que el TC reconoce (pese a que empieza indicando el carácter indiciario y no definitivo del argumento) que si la cuantía del mismo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones¹⁹², "podría concluirse que se trataba de una sanción". Más claramente aún, se llega a decir que la función del recargo no es represiva -y por tanto no se puede calificar de sanción- "siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas)"¹⁹³. Este argumento, del que se separaba el voto particular de Mendizábal Allende y de Gimeno Sendra, para quienes el recargo, desde el momento en que superaba la dimensión indemnizatoria de los intereses de demora, adquiere naturaleza sancionadora, dejaba en bandeja un cambio de resultado a partir de una mera revisión normativa de las cantidades en juego. Y, en efecto, tras la reforma del art. 61.2 LGT del año 1991¹⁹⁴, que en lo que nos interesa eleva el recargo del 10 al 50%, el TC, que vuelve a conocer del asunto a través de varias cuestiones de inconstitucionalidad¹⁹⁵, resuelve que la nueva cuantía del recargo analizado "impide considerar que éste cumple una función de estímulo positivo que permita excluir el sentido sancionador de la medida", señalándose que la cuantía del recargo coincide exactamente con la sanción mínima prevista para la conducta ya descrita anteriormente. Dado que de este modo se encubre una medida materialmente sancionadora se concluye en la inconstitucionalidad de la disposición legal

¹⁹¹ FFJJ 4 y 5 de la sentencia indicada.

¹⁹² El mecanismo previsto en el art. 61.2 LGT viene a ser una excusa absolutoria en relación a la infracción tipificada de dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria.

¹⁹³ Este criterio aún se remacha en el mismo fundamento jurídico 5 al decirse que el recargo, una vez producido el incumplimiento del plazo del ingreso del tributo, "supone un estímulo positivo para que el contribuyente regularice de manera voluntaria su situación fiscal, *en la medida en que el importe del recargo es inferior al de las sanciones que le serían impuestas si no rectifica de manera voluntaria su omisión y da lugar a la actuación recaudatoria de la Administración tributaria*" (la cursiva es nuestra).

¹⁹⁴ Concretamente después de la redacción dada por la Ley 18/1991, de 6 de junio. El artículo ha vuelto a ser reformado por la Ley 25/1995, de 20 de julio, fuera de las consideraciones efectuadas por el TC en la sentencia que se mencionará.

¹⁹⁵ STC 276/2000, de 16 de noviembre, FFJJ 5 y 7. A la solución de ésta se remiten las posteriores SSTC 307/2000 y 312/2000, de 18 de diciembre y 23/2001, 25/2001 y 26/2001, de 29 de enero. Por otra parte, se llega asimismo a la misma solución, con los mismos argumentos, en la también posterior STC 291/2000, de 30 de noviembre (FFJJ 8-12), en relación esta vez al recargo del 100% correspondiente a los casos de no realización del ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas sin solicitarse expresamente el aplazamiento o el fraccionamiento del pago (segundo apartado del art. 61.2 LGT).

examinada dado que su literalidad conducía, según el juicio del TC, a la aplicación de plano de una sanción administrativa.

Pocas muestras más claras puede haber de que un cambio cuantitativo puede suponer, llegado un cierto nivel, uno cualitativo, como recuerda el voto particular de Mendizábal Allende. Si la cuantía de la sanción fuera incrementada, ¿el recargo recuperaría su naturaleza no sancionadora y volvería a perder la finalidad o función punitiva?

Tomando conciencia de estos problemas queda bastante clara la enorme dificultad de dar una noción de *sanción administrativa* basada en un solo y sencillo criterio. La loable intención de racionalizar el panorama conceptual de las sanciones administrativas parece pasar, pues, por una formulación mucho más matizada y modesta.

En estas condiciones nada impide, pues, que tratemos de ofrecer una caracterización del círculo estricto de las sanciones teniendo en cuenta todo lo comentado hasta aquí. No es el objeto de nuestra tesis, pero puede ser útil en la medida en que es necesario dejar clara la existencia de un núcleo duro de sanciones sobre las que se pueda debatir la cuestión de la discrecionalidad. La caracterización, compatible con nuestras reservas expresadas en torno a la presencia de criterios finalistas unívocos, puede formularse a través de una formulación inicial, creemos que inevitablemente larga, y de unas aclaraciones posteriores.

Dentro de la definición que proponemos, nuestra formulación inicial es la siguiente: es sanción la previsión normativa que consiste en imponer una privación de bienes o de derechos de contenido variable, pero no exclusivamente derivada de la necesidad de proteger el orden público ni de reparar una situación alterada, a una persona a causa de la comisión culpable de una conducta ya realizada, tipificada legalmente, que supone un incumplimiento de una norma jurídica y que es valorada a través de un procedimiento respetando en todo caso los derechos de defensa esenciales, todo ello en muy diversos marcos, condiciones e intensidades con las consiguientes variaciones posibles de régimen jurídico.

Nuestras aclaraciones, referentes a los elementos que constituyen esta propuesta, son las siguientes:

- La imposición de una sanción tiene lugar acerca de una conducta, de un comportamiento realizado. La potestad sancionadora mira, en este sentido, al pasado, lo cual no quiere decir que no tenga importantes implicaciones preventivas hacia el futuro, en tanto en

cuanto pueda influir, y se intenta que influya, en otras conductas posteriores. La función punitiva enlaza claramente con esta característica.

- También enlaza con esa orientación concreta al pasado el hecho de ser valorada la conducta, para tratar de dilucidar la culpabilidad de la persona implicada, a través de un procedimiento posterior.

- Este procedimiento, en el que obligatoriamente se respetarán una serie de fases y de garantías, ha de tener una duración determinada. Es necesario tomarse el tiempo necesario para que la decisión sea justa y también tutele de forma adecuada los intereses generales, sin que exista una especial urgencia por resolver el procedimiento.

- Ello enlaza a su vez con el hecho de dejar a un lado de las sanciones en sentido estricto las medidas que son la única respuesta posible a una situación de necesidad de proteger el orden público o de reparar una situación alterada.

- Sobre el contenido variable de la sanción que se puede llegar a imponer no cabe insistir demasiado (multas, suspensiones, privaciones de derechos de varios tipos posibles, etc.). Este contenido no tiene que corresponder exactamente a los daños y perjuicios producidos en su caso, aunque nada impide que éstos puedan formar parte de los criterios que lo determinen. Además, al hablar de "privación de bienes o derechos" queda clara la exclusión, por ejemplo, de meras denegaciones ante expectativas de obtener alguna situación favorable por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente.

- Si bien elementos como un determinado procedimiento y un respeto de garantías esenciales derivadas de los derechos de defensa deben ser comunes a toda sanción, ello no impide que existan subgrupos muy cualificados que, por las características propias de determinados ámbitos o entornos institucionales, pueden implicar la necesidad de flexibilizar pero también, por qué no, de hacer más rígidas las exigencias del procedimiento en ciertos casos. La tarea de perfilar los criterios que pueden dar lugar a estas distinciones debe permanecer abierta, pero entrarían aquí sin duda grupos de casos como las sanciones disciplinarias y las medidas tomadas en el seno de relaciones contractuales con la Administración. El reconocimiento de estos subgrupos cualificados permite de algún modo que el número de medidas incluidas en las *sanciones* sea bastante amplio.

La relevancia de este último punto hace que debamos volver sobre él posteriormente.

b. Noción de *sanción administrativa* y *discrecionalidad*

Ya comentábamos al hablar de la revocación de autorizaciones cómo una sentencia del TC había establecido una correspondencia entre el margen discrecional de apreciación y las medidas de tipo sancionador, provocando cierta ambigüedad en las relaciones entre ambos aspectos, dada la presencia de otros argumentos en contra de tal asociación.

Ahora, más allá de ese aspecto concreto, sí creemos estar en condiciones de poder afirmar con carácter más general la siguiente conclusión: no por acotar más la noción de sanción administrativa deja de tener sentido seguir planteando el tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, sino todo lo contrario.

Se comprenderá que ello es así si se recuerda, por ejemplo, que las medidas que atienden a situaciones de urgencia o de reparación, y que tienden a quedar excluidas de las de tipo sancionador, son a menudo aquellas sobre las que explícitamente recae precisamente de forma más intensa la obligación de ser adoptadas, sin márgenes de apreciación en ese sentido. Quedando, en cambio, al margen de estas necesidades las medidas puramente sancionadoras y muy especialmente las de carácter leve.

La consideración del contexto del régimen jurídico de estos diversos aspectos puede ser decisiva asimismo para no incurrir en indebidas extrapolaciones de principios y reglas de Derecho comparado. Así, en la línea acabada de señalar, debe recordarse que en Francia, a pesar de que, como veremos, el principio general en materia sancionadora es el de la oportunidad, ello no es así -a nivel de principios, no sin matices importantes en la práctica- precisamente en el régimen de *contraventions de grande voirie*, cuya finalidad justamente se ha orientado tradicionalmente a la necesidad de protección del dominio público, a través por ejemplo de la reparación del daño causado¹⁹⁶.

Esta conclusión, sumamente relevante para el objeto de nuestro trabajo, deberá también completarse con las siguientes.

¹⁹⁶ Vid. Kouévi, Amavi, "L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie", *AJDA*, 20 mayo 2000, pp. 393 ss.

c. Vectores para una consideración integrada de las diversas medidas: su instrumentalidad, complementariedad, intercambiabilidad e interdependencia

Que sea deseable, como hemos intentado, delimitar con la mayor precisión posible la noción de *sanción administrativa* frente a otro tipo de medidas no debe impedir que se reconozca el siguiente aspecto: la sanción forma parte de un conjunto de mecanismos que garantizan la vigencia de las normas.

Por tanto, la sanción es un instrumento que concurre con otros para el logro de ese objetivo y con los cuales, pues, comparte finalidades y a menudo es alternativa o se hace intercambiable¹⁹⁷ dependiendo de la política adoptada, empezando por el importante margen de opción del legislador¹⁹⁸. Lo cual puede ir referido no ya sólo a otras medidas tomadas por la Administración, sino incluso a medidas de otro origen y características, aunque no hay que olvidar un aspecto muy importante que en otro capítulo abordaremos, el de la posición centralizadora de buena parte de las respuestas al fenómeno criminal en un sentido amplio, no limitado al ámbito estrictamente penal, que ocupan ciertas Administraciones Públicas.

Un mismo conflicto puede entenderse que debe ser solucionado, según el punto de vista que se adopte o según el momento o el lugar, a través de varias vías alternativas como pueden ser por ejemplo la sanción, la mediación o el resarcimiento, o por una combinación en diversas medidas posibles de las tres. Ello lleva a la necesidad de plantearse la interacción y la coordinación¹⁹⁹ entre varios tipos de medidas, lo cual puede constituir un punto de vista útil y

¹⁹⁷ La intercambiabilidad de las técnicas es un aspecto sobre el que ya hace tiempo que la doctrina se pronuncia. Así, hace más de cuarenta años se podía leer: "El moderno Derecho administrativo emplea cada vez con más frecuencia lo que podríamos denominar el intercambio de las técnicas. Es decir, el empleo de unas técnicas que tradicionalmente se aplicaron en una zona de la actuación administrativa para el logro de metas distintas de las que presidieron su nacimiento" (Entrena Cuesta, Rafael, "El servicio de taxis", *RAP*, nº 27, 1958, pp. 40-41). Sobre la aplicación de ciertas técnicas en el proceso a varias ramas del Derecho vid. Gui Mori, Tomás, "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela efectiva. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 118/1987 de 8 de julio, 180/1987 de 12 de noviembre y 39/1988 de 9 de marzo", *La Ley*, 2063, 1988.

¹⁹⁸ La STC 164/1995, de 13 de noviembre, antes comentada, señala que "en términos generales, la reconducción de las conductas a las pautas deseadas por el legislador admite distintas técnicas, en la elección de las cuales goza en principio el legislador de libertad configurativa" (FJ 4).

¹⁹⁹ Sobre la necesidad de coordinación entre los diversos tipos de sanciones, Pedrazzi, Cesare, "Le rôle sanctionnateur du Droit Pénal", en Gauthier, J. (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1985, p. 20.

novedoso para el tratamiento de nuestro tema, sobre todo si se acompaña de la consideración de la *ultima ratio* que debe caracterizar a toda medida de signo punitivo.

Y entre medidas de distinto tipo, se hace necesario también atender a la concurrencia entre medidas sancionadoras penales y administrativas. Así se ha reconocido explícitamente a la hora de enjuiciar la posibilidad de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, destacándose la necesidad de tener en cuenta el nivel global de criminalización de los comportamientos, considerando si hay o no sanciones administrativas u otros mecanismos despenalizadores²⁰⁰. No parece que tenga que haber obstáculos serios a recorrer el camino inverso, es decir, de la sanción administrativa a la penal.

En la línea de subrayar la relevancia en general de esta perspectiva realizaremos aquí alguna indicación más, ya que aspectos más concretos tendrán ocasión de ser comentados con más detalle en otros momentos. Así, por ejemplo, la instrumentalidad es algo sobre lo que no parece necesario insistir demasiado, y en todo caso insistiremos en este dato, desde la perspectiva de la relación entre sanción administrativa y tutela de los intereses generales al abordar con más detalle la peculiaridad de las sanciones administrativas frente a las penales, en el capítulo III.

Pensar en la interacción entre los diversos tipos de medidas posibles, y en una cierta *confusión de las lógicas* de las diversas redes de sanciones en sentido amplio -penal, administrativa, civil y de mediación-²⁰¹ obliga a preguntarse sobre la oportunidad de utilizar alguno de esos mecanismos teniendo en cuenta, por ejemplo, la disponibilidad o no, o la mayor idoneidad o no, de los demás, lo cual resulta un ejercicio muy conveniente cuando surge la pregunta de la oportunidad de la adopción de una sanción. Y ello resulta especialmente aplicable cuando es la misma Administración la que tiene en su poder la utilización de un abanico diverso de medidas.

Seguramente no es la misma la respuesta a dar en un contexto de varios mecanismos de solución posibles que en uno de presencia única de uno de ellos²⁰², lo cual obliga a tener en

²⁰⁰ Díez-Picazo, Luis María, "Il problema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/1995, p. 940.

²⁰¹ Sobre toda esta cuestión de la interrelación e interdependencia de las diversas redes de respuesta a fenómenos de desviación de la norma jurídica es imprescindible la consulta de la obra de Delmas-Marty, Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, París, 1992. Vid. destacadamente las pp. 128, 136-166, 234, 247, 256, 267, 279 y 284-285.

²⁰² Vid. un interesante ejemplo en el Derecho urbanístico francés de la incidencia de la existencia o no de

cuenta en todo caso, como veremos más detenidamente sobre todo en el capítulo IV, el conjunto de potestades, de posibilidades de actuación de una autoridad antes de *lanzarse* a valorar su discrecionalidad a la hora de utilizar una determinada medida. La clave, pues, vendría dada por la nota de la interdependencia: para valorar la oportunidad de una medida hay que tener en cuenta el abanico posible de las que se pueden tomar. Que existan o no alternativas puede determinar el signo de la respuesta.

Ello permite además dedicar especial atención a la discrecionalidad que consiste precisamente en la posibilidad de no sancionar en determinados casos, una discrecionalidad dirigida a restringir la respuesta estrictamente sancionadora, en consonancia con el principio de *ultima ratio*.

Piénsese en casos como el del art. 80.3 del texto refundido en materia urbanística de Catalunya²⁰³, que en relación a los planes parciales que tienen por objeto urbanizaciones de iniciativa particular, dispone que:

"L'incompliment pel promotor de les obligacions concretes i de la realització de la urbanització amb subjecció al pla d'etapes del pla parcial facultarà a l'Administració, segons l'entitat i la transcendència d'aquest incompliment per adoptar alguna o algunes de les mesures següents:

- a) imposició de sancions pecuniàries;
- b) realització de les garanties;
- c) suspensió dels efectes del pla, i
- d) subrogació de l'administració de l'execució, amb indemnització de la quantitat estricta del valor del sòl, segons la qualificació immediata anterior a l'aprovació del pla, i de l'obra útil realitzada".

Valórese, por ejemplo, si la respuesta a la pregunta sobre el margen de discrecionalidad en la adopción de la sanción sería la misma, si la redacción del precepto careciera de todos o de algunos de los apartados que siguen al referente a la sanción.

varios medios de actuación para remediar las actuaciones ilegales en este ámbito en la apreciación sobre la oportunidad de perseguir las infracciones en Moreno, Dominique, *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*, LGDJ, París, 1991, pp. 128-131.

²⁰³ Aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio.

La alternativa entre medidas de policía y de sanción también puede ser una manifestación de este tipo de situaciones²⁰⁴.

Otro ejemplo, el del art. 62 de la Ley catalana de la vivienda²⁰⁵, permite ver la normal concurrencia de tres de los planos más destacados anteriormente: sanción, policía y reparación:

"Les infraccions tipificades per aquesta Llei poden donar lloc a l'adopció de totes les mesures següents o d'algunes d'elles:

a) La imposició de sancions als responsables, sens perjudici de les responsabilitats d'ordre penal o civil en què hagin pogut incórrer.

b) El rescabament dels danys i els perjudicis ocasionats.

c) Les que siguin necessàries per a restablir la situació de salubritat, seguretat i higiene de l'habitatge i acordar-ne l'execució subsidiària en cas d'incompliment".

Incluso se puede pensar que todo ello permite llegar (junto a otros factores que veremos en el próximo epígrafe) a conclusiones que de alguna manera relativicen o desdramaticen la necesidad de racionalizar, ante su masiva presencia, las previsiones sancionadoras en un sentido amplio. Desde el punto de vista de la instrumentalidad y en un entorno caracterizado por la disponibilidad de varios mecanismos por parte de una autoridad o simplemente ofrecidos por el ordenamiento jurídico, no sería necesariamente negativo, sino que incluso podría introducir dosis de flexibilidad deseables, proporcionar un ámbito generoso de posibles sanciones, que no tiene por qué traducirse en su omnipresencia. Compete al legislador, en virtud de la libertad de configuración antes mencionado y con respeto a los límites constitucionales que tendremos ocasión de comentar más adelante (sobre todo en el capítulo V), apreciar cuándo ese tipo de opciones la puede realizar él mismo o vale más dejarla a la aplicación en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias particulares.

Toda una nueva perspectiva se abre, pues, cuya formulación general necesariamente aquí hemos realizado en términos muy genéricos y tratando de subrayar sus potencialidades,

²⁰⁴ Explícitamente Huergo Lora plantea un supuesto al hilo del comentario de una sentencia: se deja de sancionar al propietario que rebajó sin licencia el bordillo y se deja claro que "la falta de sanción no equivale a legitimación de esa conducta, de modo que la Administración puede eliminarla por la vía de medidas de policía" (Huergo Lora, Alejandro, "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", *RAP*, nº 137, 1995, p. 195).

²⁰⁵ Ley 24/1991, de 29 de noviembre.

pero que se podrá concretar más adelante y a través también de la perspectiva que ofrecen las siguientes líneas de conclusiones.

d. Gradualismo en el régimen jurídico aplicable

Una de las conclusiones relevantes a la que creemos que es posible llegar tras el análisis realizado es que, lejos de estar en juego la aplicación en bloques rígidos de elementos, la tarea de asignar un determinado régimen jurídico a distintas medidas pasa muy a menudo por el reconocimiento de variaciones de matices que se puedan adaptar a las diversas situaciones existentes.

En cierto modo es paradójica la implicación que en definitiva tiene esta conclusión. Si se decía que la importancia de la distinción conceptual entre sanciones y otras medidas radicaba en los efectos que eso tenía en cuanto al régimen jurídico aplicable, el reconocimiento de que más que de bloques separados se trata de círculos concéntricos podría invitar a pensar que todo ese esfuerzo conceptual ha sido realizado en vano. No obstante, si bien es cierto que la relativización de las consecuencias prácticas de esas distinciones es un dato difícil de negar, tampoco creemos que deba llegarse a una conclusión tan pesimista, dado que al fin y al cabo las diferencias existen, aunque sí deben dimensionarse de acuerdo con las exigencias de cada contexto.

Como ya se empezó a comentar al hablar de las medidas de policía y sus problemas de distinción en relación a las sanciones, aspectos materiales como la gravedad de la medida, de sus consecuencias, pueden aquí resultar, y de hecho resultan, tanto o más determinantes que la etiqueta con la que se designe una determinada medida. Y por tanto, la aplicación de un régimen jurídico determinado ya no responde tanto a la naturaleza de la medida como a su gravedad. Picard ha expresado con un lenguaje difícil de superar las causas y las consecuencias de este fenómeno, a propósito de la aplicación del procedimiento contradictorio: cuando el juez, en ciertos ámbitos, ha aplicado tal procedimiento a medidas consideradas no represivas pero tomadas "en considération de la personne", se verifica que la regla ha cambiado de fundamento en la conciencia jurídica colectiva: se trata ya, para evitar riesgos de arbitrariedades, de aplicar esas garantías cuando una medida grave afecta al interesado, lo cual

es más amplio que referirse a actuaciones estrictamente sancionadoras²⁰⁶. Precisamente es esta generalización de procedimientos y elementos en general de signo garantista inicialmente surgidos en otros contextos, perfectamente comprensible dada la intervención de la Administración Pública en ámbitos cada vez más diversos que afectan a los derechos del ciudadano, lo que ha podido introducir una cierta confusión, dicho sea de paso, en el entendimiento de la aplicación de ciertos niveles de reglas. Concretamente nos referimos a la dualidad entre el principio de contradicción, que no es ajeno a la configuración inicial del procedimiento administrativo en aras de una decisión lo más adecuada posible a la tutela de los intereses generales²⁰⁷, y los derechos de defensa, que van más allá y que tienen especial sentido, sobre todo a través de las exigencias de un procedimiento oral y público, en procedimientos que conducen a decisiones punitivas²⁰⁸.

La necesidad de no perder de vista esta distinción, respetando el sentido institucional de las reglas mencionadas demuestra que el esfuerzo de depuración conceptual tiene su sentido. Ahora bien, una vez más, ello no debe ser obstáculo para reconocer que algunos de esos elementos puede verse sometido a modulaciones al ser aplicados a ciertos contextos. Precisamente ésta ha sido la línea, la de la necesidad de tener en cuenta los contextos particulares a la hora de aplicar las garantías de los derechos de defensa, de varios votos particulares que se sitúan así frente a una interpretación más lineal, dada por las decisiones mayoritarias de varias sentencias del TEDH, de aplicación directa de tales garantías contenidas en el art. 6.1 CEDH a decisiones administrativas que afectan a derechos de los particulares²⁰⁹.

²⁰⁶ Vid. más ampliamente Picard, *La notion...*, op. cit., pp. 352 y 358-359, entre otras. Vid. también Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., p. 202.

²⁰⁷ Vid. sobre la atención que merece el procedimiento como institución relevante constitucionalmente superando la perspectiva estrictamente garantista, Malaret i Garcia, Elisenda, "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en Tornos i Mas, Joaquín (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, especialmente pp. 302-305 y 311-320.

²⁰⁸ Vid. sobre este punto muy especialmente las tesis expuestas por Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., pp. 361-386. Vid. también, insistiendo en el carácter más amplio del principio de contradictoriedad, ligado a los distintos fines del procedimiento, en relación a los derechos de defensa, Malaret i Garcia, "Los principios del procedimiento...", op. cit., pp. 320-327. En la doctrina francesa, vid. Autin, Jean-Louis, "Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative", en Conseil d'État, *Rapport public 2001*, La documentation française, París, 2001, pp. especialmente 390-392. La importancia adquirida de este tema en los últimos años en Francia (sobre cuyas causas podremos decir algo en el capítulo IV) se puede comprobar por ejemplo con la publicación en el número 1 del año 2001 de la *Revue française de Droit Administratif* de varios artículos referentes al tema sobre todo desde la perspectiva del CEDH.

²⁰⁹ En este sentido son especialmente interesantes las sentencias relativas a los procedimientos disciplinarios y

Sin duda, la idea de los niveles de garantías, plasmada en esa imagen de los círculos concéntricos a la hora de definir la aplicación de los regímenes jurídicos, se adecúa bien a la relevancia de los contextos condicionantes de las medidas a tomar por parte de las Administraciones Públicas, que permite enlazar con el siguiente punto y matizar de forma adecuada la respuesta acerca de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

e. Entorno institucional

Al ver el caso de las sanciones disciplinarias, decíamos que no parecía haber inconveniente en hablar de sanciones siempre que se reconocieran sus especiales características que pueden llevar a configurarlas como un subgrupo. Lo mismo se puede decir de ciertas sanciones contractuales. Y ello a causa de un marco institucional muy concreto que genera un *status* particular para el interesado.

Ampliando esta noción y teniendo en cuenta los factores que ya hemos podido describir relativos a la pluralidad y diversidad de las medidas sancionadoras y de su régimen jurídico, no parece resultar demasiado arriesgado afirmar que un factor clave para entender y dar sentido a esa pluralidad y diversidad es precisamente el *entorno institucional* de esas medidas, que es el que dicta sus exigencias particulares y el que acaba perfilando en definitiva los elementos de su régimen jurídico, incluido el relativo a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad que lleva a su adopción.

Entorno institucional entendido en su más amplio sentido, que podríamos caracterizar como el conjunto de factores que, sobre la base de unos elementos en común, pueden modular

la aplicación de la regla de publicidad: vid. por ejemplo la STEDH 28 junio 1978, caso König contra la República Federal de Alemania y la STEDH 28 junio 1981, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyère contra Bélgica, y en ambos casos el voto particular del juez Matscher. En el primero se llega a proponer la revisión del art. 6 CEDH para recoger dos diversos niveles de garantía, de modo que el bloque de aspectos recogidos en tal artículo sólo tenga que aplicarse en su totalidad a las materias civiles y penales, quedando para las materias administrativas el derecho a un procedimiento reglado por la ley y que garantice la audiencia equitativa de las partes, decisión en un plazo razonable y derecho al control judicial de la decisión administrativa.

Resultan también muy interesantes, en relación a la problemática aplicación del art. 6.1 CEDH a decisiones administrativas, las exposiciones realizadas por los votos particulares del juez Matscher y del juez Martens en un asunto de otro tipo, relativo a una revocación de autorización, el de la STEDH 26 abril 1995, caso Fischer contra Austria. Anteriormente, el juez Matscher, en su voto particular en la STEDH 21 febrero 1984, caso Öztürk contra la República Federal Alemana, había expuesto con claridad la necesidad, frente a la actual redacción del mencionado precepto del CEDH, de distinguir entre diversos niveles de garantías procedimentales precisamente pensando en las decisiones de la Administración Pública, en la línea de la primera de las sentencias mencionadas en esta nota.

y concretar ciertos aspectos del régimen jurídico dadas las exigencias concretas del caso. Si se piensa en el elemento de las garantías, que es el que resulta indudablemente protagonista si se habla de medidas sancionadoras, esas adaptaciones se pueden presentar en términos de diversidad de niveles de garantía. El planteamiento sobre la cantidad y la tipología de criterios que pueden llenar de contenido esos factores es algo sobre lo que ahora no podemos atrevernos a cerrar las puertas, dado que podrían dar lugar a otro estudio. Sí diremos sin embargo que no cabe duda que entre esos criterios deben figurar los siguientes: las exigencias materiales del sector, la gravedad de la medida que se tome y la importancia de los bienes jurídicos y derechos a proteger, y las características de la autoridad administrativa que ejerza la potestad sancionadora. Además de todo lo dicho al hablar de la posible concurrencia de muchas otras medidas.

Concretaremos este aspecto clave, como no puede ser de otra manera, a lo largo del resto del trabajo.

2. Algunos rasgos del Derecho de nuestro tiempo y su influencia en los problemas de efectividad de las normas sancionadoras

La pertinencia de una perspectiva normativa general va más allá de la necesaria tarea de distinción conceptual entre sanciones en sentido estricto y otras respuestas del Derecho.

Es necesario además ser conscientes del arraigo de ciertos problemas centrales de las normas sancionadoras (penales y administrativas) en características que vienen dadas desde las normas en general y de modo muy particular como parte de la evolución del Derecho a grandes rasgos en este último siglo.

A. La inflación normativa y sus corolarios

Sin duda, si se tuviera que escoger un rasgo característico de la evolución del Derecho en el último siglo, dentro del asentamiento en los países de nuestro entorno del Estado Constitucional y significando así un cambio cualitativo en relación al Estado de Derecho decimonónico, pocos dudarían en señalar directamente la pérdida notable de generalidad y

abstracción de la ley²¹⁰. Fenómeno congruente con la multiplicación de las leyes, con la inflación legislativa que así hemos situado en el título del presente epígrafe. Sería inútil, por redundante, desarrollar aquí el tema de cómo la clásica configuración de la ley como norma general y abstracta se ha visto superada o ampliada por el surgimiento de otros tipos de leyes²¹¹. Y pocos términos de alerta se pueden añadir ya a la alarma disparada en la doctrina por esta quiebra y los graves problemas que plantea. Se ha hablado, así, de una "crisis de la ley", como consecuencia de su "desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias", recordándose expresiones utilizadas a mediados del siglo XX como "legislación motorizada" o "incontinente", e insistiéndose en los perjudiciales efectos descodificadores²¹².

Son muchos los prismas desde los que se podría analizar este tema. Nosotros aquí nos conformaremos con hacer referencia a algunos de los aspectos que puedan tener una mayor fuerza explicativa en relación a problemas centrales de la efectividad de las normas sancionadoras que luego comentaremos. Para ello vamos a destacar los siguientes puntos.

- Pronto se observa que las preocupaciones producidas por la inflación legislativa derivan de modo especialmente intenso al ámbito de las normas penales. Incluso a efectos de contabilización del fenómeno, se ha notado que no es suficiente el mero cómputo del número de leyes, sino que habría que intentar medir, por ejemplo, su intensidad normativa, señalándose así que los textos penales son probablemente más intensos que los textos civiles²¹³.

Pero más allá de este aspecto, las conexiones de fondo en cuanto a las preocupaciones doctrinales, como decimos, entre la inflación normativa y Derecho Penal y sancionador en general, incluyendo al Derecho Administrativo Sancionador- son claras. No en vano en los últimos años se ha insistido con frecuencia en "la necesidad de reconducir la intervención

²¹⁰ Vid. sobre esta periodificación Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999 (traducción de Marina Gascón), pp. 21-45.

²¹¹ La distinción a finales del siglo XIX entre ley formal y material y los problemas planteados por las leyes "ad hoc" forman parte de las cuestiones planteadas por este proceso: vid. por todos Montilla Martos, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 93 ss.

²¹² García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 47-48; García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 52-53.

²¹³ Carbonnier, Jean, *Droit et passion du droit...*, op. cit., pp. 108-109.

punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo²¹⁴, destacándose también los riesgos de la creciente instrumentalización del Derecho Penal²¹⁵. Y no en vano tampoco el tema de la inflación de previsiones sancionadoras ocupa un lugar destacado en los estudios doctrinales de las sanciones administrativas, muy especialmente en relación a nuestro país, de modo que también resulta difícil añadir algo a los expresivos términos que ya se han utilizado en ellos para describir la situación, tanto desde el punto de vista estrictamente cuantitativo y cualitativo de las previsiones sancionadoras²¹⁶ como de sus consecuencias para el ciudadano²¹⁷.

Esta preocupación se pone asimismo de manifiesto cuando se constata la doble incriminación de conductas en las vías administrativa y penal, especialmente al hilo de la creciente sensibilidad de éste por participar de la tutela de bienes jurídicos que antes quedaban en un segundo plano²¹⁸.

- Esta conexión casi inmediata entre la hipertrofia normativa en general y de normas sancionadoras en particular hace que los problemas planteados por la primera sean especialmente acuciantes en la segunda. El primero y más relevante, no cuesta mucho

²¹⁴ Vid. por todos Silva Sánchez, el título de cuya obra ya es suficientemente elocuente, *La expansión del Derecho Penal...*, op. cit., p. 15.

²¹⁵ Vid. una muestra en Muñoz Conde, Francisco, "Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada, Comentarios a la LO 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código Penal", (apéndice a su *Derecho Penal, Parte especial*) Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 3.

²¹⁶ Parada, en un estudio clásico, señalaba, a propósito de la conversión del poder policial penal en potestad sancionadora de la Administración y de la aparición *ex novo* de la potestad sancionadora en favor de la Administración, que "Es este último, quizá, el fenómeno más relevante de la moderna legislación administrativa en que no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones para los futuros infractores; el capítulo represivo al margen del sistema judicial penal se ha convertido en el inquilino habitual de toda regulación administrativa, como acreditan la legislación tributaria, de vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, comercio exterior, policía fluvial, navegación aérea, industria, agricultura, trabajo, publicidad, caza, etc.": Parada Vázquez, José Ramón, "El poder sancionador...", op. cit., pp. 82-83. Vid. también Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, Ceura, Madrid, 1999, p. 369 y Garberí Llobregat, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 52-59.

²¹⁷ "El sarcasmo continúa en la inmensidad de las infracciones. El repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer". En estas condiciones, el requisito de la reserva legal y el de la publicidad de las normas sancionadoras son una burla, dado que ni físicamente hay tiempo de leerlas ni, leídas, son inteligibles para el potencial infractor de cultura media": Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 25.

²¹⁸ Piénsese por ejemplo en el caso de las conductas desarrolladas en el seno del mercado de valores. Vid. por ejemplo Gómez Iniesta, Diego José, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 450-451.

imaginarlo, es el de las repercusiones que todo ello tiene en cuanto a la seguridad jurídica. El riesgo que entraña para ésta la hipertrofia normativa es evidente²¹⁹, pero especialmente grave si se tiene en cuenta el número importante de supuestos en que se puede incurrir en conductas ilícitas penales o administrativas generales, más allá de estrictos ámbitos sectoriales o especializados que pueden llegar a paliar en parte esa quiebra de valores tan esenciales²²⁰. Problemas como las consecuencias de la ignorancia de las normas y el error ante la comisión de una infracción en este entorno adquieren renovada importancia²²¹. Y sea cual sea su solución concreta, parece claro que ejercerá una influencia de peso en el régimen jurídico de la potestad sancionadora.

Por otra parte, este paralelismo a nivel de problemas se repite de alguna manera a nivel de soluciones. Efectivamente, los remedios o paliativos propuestos para hacer frente a la inflación normativa, como el recordatorio o la moratoria²²², recuerdan inevitablemente mecanismos que tienen mucho que ver precisamente con la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (advertencias, requerimientos, períodos de actuación informativa...).

- Pero es que además, si el fenómeno de la hipertrofia legislativa va muy unido en las preocupaciones que genera al Derecho sancionador en general, hay que recordar también que la ruptura del clásico carácter general y estable de la ley en favor de la multiplicación, la contingencia o la provisionalidad va íntimamente unida a la dinámica propia de las funciones, y su aumento progresivo desde un punto de vista histórico, con la configuración del Estado social de Derecho²²³, de las Administraciones Públicas²²⁴. No cabe insistir, en este sentido, en

²¹⁹ Vid. en general Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 63-65.

²²⁰ Una idea apuntada por Carbonnier: la "législation catégorielle ("un droit fiscal pour les agriculteurs, un autre pour les artisans)", "divise l'impact de l'inflation des lois en divisant la société", señalando a continuación que "Il restera, cependant, assez de lois générales pour que chacun soit en péril de ne pas les connaître", haciendo referencia a la existencia de más de 4.000 incriminaciones penales no codificadas (*Droit et passion...*, op. cit., p. 111).

²²¹ Vid. recientemente Martín Mateo, Ramón, "La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias", *RAP*, nº 153, 2000, pp. 56, 59-63. Aludiremos a este tipo de cuestiones en el capítulo V.

²²² Carbonnier, *Droit et passion...*, op. cit., p. 112.

²²³ Martín Mateo comenta el incremento de disposiciones y la importancia dada en la valoración de la productividad de los distintos órganos al número de normas sancionadas, "pese al supuesto retranqueamiento del denominado Estado Providencia y de la teórica devolución de poderes a los agentes económicos para que resuelvan sus diferencias vía mercado": "La ignorancia...", op. cit., p. 60.

²²⁴ Vid. por ejemplo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica...*, op. cit., p. 51 y Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, op. cit., p. 63.

la importancia de tener presente en la evolución hacia el Estado Social la correlación histórica entre la asunción de un progresivo protagonismo en las decisiones relevantes de las instancias gubernamentales y administrativas y el comentado proceso de quiebra de los rasgos identificativos clásicos de la ley²²⁵.

- El fenómeno de la hipertrofia o inflación normativa, que no lo es sólo en cuanto número de disposiciones, sino también en cuanto a la frecuencia o velocidad de su producción y reforma, acompaña o favorece, además, otros rasgos de las normas con efectos equivalentes en lo que se refiere a la seguridad jurídica y por tanto a la reacción de los ciudadanos ante las normas. Los devastadores efectos que sobre una posibilidad real de conocimiento de las normas tiene la asociación entre normas abundantes, acumulativas y cambiantes y además caracterizadas por la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que se expresan²²⁶, son fáciles de imaginar. Ello se añade, pues, a la natural indeterminación que de alguna manera caracteriza todo enunciado normativo, con las consecuencias conceptuales que ello conlleva en el marco de nuestro trabajo, como hemos comentado en el capítulo I. A ello no resultará ajeno tampoco las problemáticas relaciones creadas entre unas normas²²⁷ que a menudo hacen gala de un desconocimiento mutuo, que puede llegar a generar un amplio abanico de consecuencias, desde la simple descoordinación hasta la más caprichosa incoherencia.

- En la explicación causal básica de todos estos fenómenos se encuentra un factor de gran relevancia para nuestro objeto de reflexión que retomaremos en el próximo epígrafe. Se trata de las características de una sociedad que se presenta diversificada en grupos y estratos sociales que dan lugar a diferenciación de tratamientos normativos²²⁸. Fenómeno causal que va de la mano con la ruptura conceptual mencionada de la naturaleza de la ley, que deja de ser la expresión de una racionalidad objetiva y de la voluntad general como algo invariable. Es clara la relevancia de estos factores sociológico-políticos para una adecuada comprensión y una ponderada valoración de las características contemporáneas de las normas en general y, sobre

²²⁵ Es obligado citar aquí a García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., especialmente pp. 39 y 61-64. Puede verse asimismo Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 269 ss.

²²⁶ Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, op. cit., p. 64.

²²⁷ "Elles [las leyes] s'étouffent mutuellement par leur surabondance": Carbonnier, *Droit et passion...*, op. cit., p. 111.

²²⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 37. Vid. con carácter amplio los elementos y las implicaciones de la "sociedad organizacional" en García-Pelayo, *Las transformaciones...*, op. cit., pp. 105 ss.

todo en particular de sus consecuencias en la efectividad de las previsiones sancionadoras. De modo que lo mejor será entrar ya en esta cuestión central para nuestro objeto de estudio.

B. La falta de correspondencia entre la validez formal de las normas y su efectividad, un problema central del Derecho sancionador

Hemos situado en primer lugar la explicación de algunos rasgos de la evolución del Derecho en este último siglo porque ello facilitará sin duda la comprensión del fenómeno que ahora nos ocupa. Lo cual no nos exime, naturalmente, de formular alguna hipótesis explicativa o interpretativa más concreta.

a. Precisiones terminológicas previas

Antes de identificar en primer lugar el fenómeno al que nos referimos en nuestro entorno más cercano, hay que realizar una doble precisión terminológica.

En primer lugar, al hablar de validez en sentido formal nos referimos a aquellas características que hacen que una norma sea válida en sentido estrictamente jurídico, es decir, que ha sido dictada conforme al ordenamiento jurídico (órgano competente, procedimiento establecido, etc.)²²⁹. Tipo de validez que puede no corresponder con la validez social, el objeto del concepto sociológico de validez, lo que aquí denominamos efectividad. Efectividad que se produce si una norma "es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción"²³⁰. Es decir, que el contraste se establece entre dos de los registros o modos posibles sobre los que se

²²⁹ Ello, insistimos, en sentido estricto, puesto que un concepto desarrollado de validez jurídica tampoco puede ser ajeno a la validez social de las normas: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, (traducción de Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 88-89.

²³⁰ Alexy, *El concepto...*, op. cit., p. 87. Vid. también ampliamente sobre todos estos conceptos y conectándolos con la teoría garantista del Derecho, Serrano, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17 ss. y 107 ss. Vid. también, en conexión con el elemento de la legitimidad, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 90 ss. También puede verse con carácter general Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 79 ss.

puede producir la calidad de la norma, el formal basado en la legalidad y el empírico basado en la efectividad²³¹.

La segunda precisión tiene que ver con este segundo concepto. La efectividad hace referencia a la correspondencia entre la norma y el comportamiento de sus dos categorías de destinatarios, las autoridades encargadas de aplicarlas (destinatarios secundarios) y los sujetos que deben adaptar su comportamiento a la norma (destinatarios primarios)²³². Pues bien, nosotros nos referiremos básicamente a la relación establecida con los citados en primer lugar, dado que de lo que tratamos es del ejercicio de potestades públicas. Se enfoca, pues, la dimensión sancionadora de la norma, siendo aquí la efectividad de la ley tributaria de la intervención adecuada de los órganos públicos encargados de la investigación de las infracciones, de su persecución, de su enjuiciamiento y de la ejecución de éste²³³. Sin que ello quiera decir que sea irrelevante, como veremos, el factor del grado de cumplimiento de las normas por parte de los destinatarios primarios.

b. La constatación del fenómeno

La falta de correspondencia entre la validez formal de las normas y su efectividad en un contexto en el que se analizan los problemas del Derecho sancionador remite en definitiva a una constatación. La constatación del contraste entre la existencia de normas sancionadoras abundantes y exhaustivas que forman parte del ordenamiento jurídico vigente y una importante tasa de inaplicación. Es decir, que a la a veces masiva infracción de las normas vigentes no sigue una aplicación de las consecuencias previstas en las mismas. Esto es algo que resulta familiar, no ya al jurista mínimamente atento a la realidad, sino a cualquier ciudadano que conozca en alguna medida o en algún sector las pautas de relación con las Administraciones Públicas.

²³¹ Ost, François, "Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques", *Journal des Tribunaux*, 7 enero 1984, p. 1.

²³² Ost, "Considérations sur la validité...", op. cit., p. 1.

²³³ Vid. sobre este enfoque Van de Kerchove, Michel, "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques", *Journal des Tribunaux*, 25 mayo 1985, p. 329.

Los ejemplos abundan. No creemos que sea necesario dar paso en estos momentos a un análisis detenido de tal fenómeno, en función de los sectores, de las distintas Administraciones, de la evolución temporal, etc. No se quiere decir con ello que tal análisis sea innecesario, al contrario²³⁴, un mejor conocimiento de la realidad es siempre condición indispensable para un adecuado tratamiento dogmático de cuestiones jurídicas. Y más si se tiene en cuenta que, en contra de lo que una cierta imagen inmediata o dogmática del tema pudiera sugerir, la validez de la norma es algo susceptible de graduación²³⁵. Lo que simplemente queremos decir es que en estos momentos, a los efectos de nuestro objeto de trabajo, basta constatar con certeza la existencia del fenómeno.

Algunos de los ejemplos que citábamos en el capítulo I acerca del contraste entre ciertos presupuestos teóricos y determinadas prácticas administrativas mostraban con claridad la situación a la que aquí nos referimos. Baste recordar estos tres supuestos:

- Unas ordenanzas municipales de Badalona vigentes durante varios años que prevén sanciones ante ciertas conductas contrarias al mantenimiento de la limpieza de las calles contrastan con una realidad en la que no se ha producido una sola sanción al respecto.

- Cálculos de la Guardia Urbana de Barcelona según los cuales se pone de manifiesto que el 88 % de las infracciones en materia de tráfico queda impune.

- A propósito del tema de la prohibición de fumar en determinados recintos, los autores de un estudio del Institut Municipal de Salut Pública de Barcelona y del Institut Universitari de Salut Pública de Catalunya "no han observado ningún caso en que alguien haya sido penalizado por fumar en un lugar donde está prohibido", pudiéndose añadir la confirmación de la Generalitat de la no imposición de sanciones por el amplio rechazo social que encontraría tal aplicación²³⁶.

²³⁴ Poniendo de relieve el contraste entre la afirmación general del incumplimiento de las normas y la escasez de estudios empíricos concretos, Amenós Álamo, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 84. En general, vid. sobre la importancia de examinar en detalle cada hipótesis para no incurrir en fáciles errores a la hora de concluir en la efectividad o inefectividad de una disposición legal, Carbonnier, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, París, 9ª edición, 1998, p. 144.

²³⁵ Vid. sobre la necesidad de adoptar científicamente esta posición relativista frente al paradigma central de la dogmática jurídica según el cual una norma es válida o no es válida sin modulación posible, Ost, "Considérations sur la validité...", op. cit., p. 2. Vid. también Alexy, *El concepto...*, op. cit., pp. 87-88.

²³⁶ *La Vanguardia*, 3 junio 2001, p. 36.

La situación de contraste entre las previsiones normativas sancionadoras vigentes y la práctica aplicativa es reconocida por la doctrina en cuanto se detiene un poco en el estudio del régimen sancionador, sea desde una perspectiva general o sectorial. Así, desde la primera, se ha puesto de relieve la disfunción existente entre un sistema sancionador vigente duro y una aplicación práctica benigna con los hechos objeto de expediente. Disfunción no ajena a las carencias del Derecho Administrativo Sancionador en el sentido de falta de un régimen jurídico propio completo y claro²³⁷. Desde una perspectiva sectorial, se ha puesto de manifiesto, de modo especialmente paradigmático, la condición tradicional de la lacra del incumplimiento de las normas del Derecho Urbanístico, donde por ejemplo se requieren no pocas dosis de voluntad de acción pública para denunciar a tiempo las infracciones que pueden dar lugar a hechos consumados²³⁸.

Se ha afirmado que este desfase empíricamente verificable conlleva una pobre implantación en la conciencia social del sistema sancionador, lo que supone una gran diferencia con el sistema penal, que contemplaría una mayor correspondencia entre previsiones legislativas y aplicación real²³⁹. Escapa a nuestras pretensiones verificar esta proposición comparativa, pero en cualquier caso creemos que no se puede negar la presencia del problema en ambos ámbitos. No faltan muestras de su presencia en el ámbito penal²⁴⁰, y su existencia viene presupuesta en los estudios generales sociológicos²⁴¹ y de filosofía del Derecho²⁴² que analizan el contraste entre validez formal y efectividad de las normas. Además no hay que perder de vista que en nuestro tiempo la hipertrofia normativa apunta con especial preocupación al ámbito estrictamente penal, cuya más o menos reciente orientación a proteger nuevos sectores de actividades plantea específicos problemas que podremos comentar más

²³⁷ Pemán Gavín, *El sistema sancionador...*, op. cit., pp. 271 y 409.

²³⁸ Vid. Amenós Álamo, *La inspección urbanística...*, op. cit., pp. 85-91. Asimismo, Quintero Olivares, Gonzalo, "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en Picó Lorenzo, Celsa (dir.), *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 354.

²³⁹ Pemán Gavín, *El sistema sancionador...*, op. cit., p. 271.

²⁴⁰ Por enlazar directamente con el aspecto remarcado por Pemán Gavín, cabe recordar que, en el contexto de la consideración de la concepción realista del proceso de concreción de la ley, en el ámbito penal no dejan de estar presentes manifestaciones claras de "pietismo judicial", de tendencia a la benevolencia en relación al reo. Tendencia que lleva por ejemplo a inclinarse por la aplicación automática de márgenes mínimos de penalidad contra lo previsto en el Código Penal. Vid. Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 331-345 y particularmente 341.

²⁴¹ Vid. los trabajos que citamos de Carbonnier.

²⁴² Vid. la referencia que mencionaremos en el próximo epígrafe.

adelante. Otra cosa es que la dimensión particularmente hipertrofiada del ámbito administrativo sancionador, que cubre hasta las conductas menos graves, dé lugar sin duda a una extraordinaria amplificación del fenómeno.

En cualquier caso, la existencia indiscutible de este desfase que afecta al núcleo de la aplicación de las previsiones normativas sancionadoras y específicamente en el ámbito administrativo nos obliga a extraer las debidas consecuencias, para lo cual es necesario ensayar alguna interpretación de esta realidad constatable.

c. La relevancia contemporánea de la función simbólica de la norma sancionadora

En efecto, no nos podemos quedar en un plano meramente reflejo de los acontecimientos. Es necesario formular alguna hipótesis explicativa para enmarcar esta problemática en el objeto de nuestro estudio.

Como ya hemos advertido, la presencia de factores, como la inflación y sucesión contradictoria de leyes y su relación con la falta de respeto de las mismas no es algo propio sólo de nuestros días. Es algo que se viene repitiendo a lo largo del siglo XX. En alguna obra clásica de la mitad de este siglo ya se advertía la presencia de leyes inútiles, sucesivas, contradictorias y su consecuencia de la percepción de falta de importancia de la violación de la ley. Lo que en definitiva lleva a un ambiente generalizado de desobediencia a la ley y en definitiva de decadencia del Derecho²⁴³. Diríase, asimismo, que específicamente en relación a las normas imperativas hay en toda sociedad una especie de punto de saturación jurídico más allá del cual las reglas jurídicas dejan de ser asimiladas por el cuerpo social²⁴⁴.

Cabe no obstante realizar aquí alguna reflexión crítica que enlace con la hipótesis explicativa anunciada. Porque, ¿de qué tipo de derecho cabe predicar una crisis o decadencia? Y sobre todo, ¿a qué necesidades reales que no pueden ser ignoradas responde tal Derecho? Aquí las variantes explicativas pueden ser plurales, pero creemos que en ningún momento podemos perder de vista un dato apuntado en el anterior epígrafe y que ahora recuperamos. El de una sociedad fuertemente diversificada en grupos que acompaña a la consolidación de un Estado social y democrático. Las exigencias de adaptación a la diversidad de situaciones y

²⁴³ Vid. Ripert, Georges, *Le déclin du droit*, LGDJ, París, 1949, pp. 95 ss.

²⁴⁴ Carbonnier, *Flexible droit...*, op. cit., p. 143.

necesidades y de un Estado que escuche a los ciudadanos, dando paso a su participación inevitablemente plural y diversa, y en muchos casos contradictoria, están en la base, como hemos comentado, de esa transformación del Derecho y en particular de la ley, que se desprende del mítico rasgo de la permanencia y la generalidad. El pluralismo conduce a la "heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes"²⁴⁵. Y éste es un dato decisivo, a nuestro entender, para ponderar la situación existente en cuanto a la relación entre validez formal de las normas y su efectividad con las consecuencias mencionadas en cuanto a las previsiones sancionadoras.

No único, pero sí decisivo en el contexto histórico-jurídico actual. Ello nos lleva directamente al tema de las funciones de las normas penales, y entendemos que aplicable a las sancionadoras administrativas, muy en particular a la función simbólica. Cualquiera que sea el modelo escogido como punto de partida del análisis del problema de la aplicación de las leyes penales, siempre queda algún espacio a la justificación de cierto grado -sin llegar por supuesto a una impunidad generalizada en todos los órdenes²⁴⁶- de inefectividad de la ley penal²⁴⁷. Pero en las actuales coordenadas históricas, fuertemente caracterizadas, como hemos repetido, por la inflación normativa y en particular de normas sancionadoras en una sociedad pluralista y obligada a gestionar muchos intereses diversos, la función simbólica de la norma sancionadora cobra una especial virtualidad explicativa del tipo de fenómenos al que nos estamos refiriendo. La necesidad de acoger una diversidad muy amplia de intereses protegibles hace que la mera promulgación de una norma tenga un valor en sí misma con cierta independencia de su grado

²⁴⁵ Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 37. "La ley [...] ya no es la expresión "pacífica" de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...]" (p. 38). Hemos de tener en cuenta aquí cómo la literatura de las políticas públicas ha dejado claro el carácter de *continuum* de la elaboración e implementación de los programas de actuación pública: vid. por todos Subirats, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, Madrid, 1994, por ejemplo p. 113.

²⁴⁶ Aunque al ser una cuestión de grado su calificación será muy sensible a las percepciones ideológicas. Vid. sobre la relación del peligro de anomia y un alto y creciente número de vulneraciones de normas conocidas y denunciadas pero no sancionadas en Dahrendorf, Ralf, *Ley y orden* (traducción de Luis María Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1994, pp. 31-36.

²⁴⁷ Tanto si se adopta un modelo axiológico, que pone el acento en la protección por parte de la ley penal del orden social, de los bienes jurídicos esenciales, como instrumentalista, que vería en la aplicación de la ley penal más un instrumento de realización de un bien externo, la prevención de las infracciones, que una retribución. En el primer modelo los casos de inefectividad se justificarían por el contrapeso de otros valores concurrentes como la libertad o la seguridad. En el segundo, por la idea misma de que la eficacia no exige siempre una aplicación plena de las leyes. Vid. más ampliamente sobre ello Van de Kerchove, "Les lois pénales...", op. cit., pp. 330-332.

de aplicación. Incluso puede decirse que para dar satisfacción a todos los intereses presentes y contradictorios se puede dar lugar a una compensación entre la validez formal de la norma y su posterior aplicación escasa, siendo precisamente el ámbito idóneo de desarrollo de esta construcción el dominado por el disenso social²⁴⁸. Su íntima relación con un uso no automático o reglado de las sanciones y por tanto con el núcleo de la cuestión objeto de nuestro trabajo es evidente, puesto que no se descartan sanciones puntuales, y por tanto con criterios selectivos²⁴⁹, para confirmar la presencia de la regla vigente²⁵⁰.

Se da pues, lugar a un fenómeno de ineffectividad de las leyes penales que se puede denominar de evasión organizada²⁵¹.

Pero no es sólo eso. Si tomamos en serio la advertencia de Carbonnier acerca de la inesperada complejidad que a menudo entraña la noción de efectividad²⁵² nos daremos cuenta de que la mera vigencia formal de una norma no sólo puede tener un valor de satisfacción de las pretensiones o aspiraciones de un cierto núcleo de intereses a través del acceso de las mismas a la letra del correspondiente boletín oficial, sino que además no se puede descartar que esa mera vigencia formal, incluso acompañada de una ausencia total de aplicación a las infracciones producidas contra esa norma, entrañe una cierta efectividad. La hipótesis no es de ciencia ficción. Se recordará el caso comentado más arriba de la falta de aplicación de la normativa antitabaco en los recintos para los que está contemplada la prohibición de fumar.

²⁴⁸ Vid. sobre todo ello Van de Kerchove, "Les lois pénales...", op. cit., pp. 332-334. En la p. 334 el autor expone la mutua influencia entre este aspecto simbólico y la inflación penal característica de nuestra actual sociedad. Asimismo puede verse este tipo de ideas de abundancia de normas y permeabilidad a las demandas sociales en Arbós, Xavier, "Le droit non étatique dans la régulation sociale", en Miaille, Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'Études et de Recherches sur la Théorie de l'État, 1 et 2 octobre 1992, Université de Montpellier I*, L'Harmattan, París, 1995, pp. 234-235.

²⁴⁹ El tema evidentemente no es pacífico: para un debate sobre los argumentos y objeciones de la legislación simbólica: Silva Sánchez, Jesús-María, "Eficiencia y Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1996, pp. 114-115 entre otras. En cuanto a la necesidad de certeza de la sanción leve, vid. Cid Moliné, José, "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *RAP*, nº 140, 1996, p. 141.

²⁵⁰ "Si l'affirmation publique de la norme, confortée éventuellement par quelques sanctions sporadiques et "rituelles", est susceptible de donner satisfaction aux uns, l'acceptation tacite d'une large violation de celle-ci est susceptible de satisfaire les autres, ou tout au moins, de ne pas exacerber leur mécontentement": Van de Kerchove, "Les lois pénales...", op. cit., p. 334. Vid. también la relación establecida entre vencibilidad del error, pluralismo y tolerancia en Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 187.

²⁵¹ Que se añadiría así a los fenómenos de autolimitación y autoneutralización presentes en los modelos axiológico e instrumentalista: Van de Kerchove, "Les lois pénales...", op. cit., p. 334.

²⁵² Carbonnier, *Flexible droit...*, op. cit., pp. 143-144.

Pues bien, constatada la ausencia total de sanción alguna a consecuencia de las cotidianas infracciones a tal normativa, pese a todo, se ha señalado cómo "expertos en tabaquismo" defienden la actual normativa porque "aunque se cumple poco, es útil", dado que si no existiera "se fumaría más en espacios públicos"²⁵³.

Creemos que ambos tipos de fenómenos, tanto la satisfacción de intereses con la mera aprobación de una norma, como una cierta efectividad "invisible" o "por su influencia psicológica"²⁵⁴, pueden ser englobados en sentido amplio en la función simbólica de las normas sancionadoras, cuyo potencial explicativo, en cualquier caso nunca excluyente de otras posibilidades interpretativas, resulta a nuestro modo de ver rotundo en las actuales circunstancias.

En cualquier caso, todo ello pone de manifiesto un importante aspecto que no puede pasar desapercibido en un plano valorativo general. Son necesidades sociales y exigencias de la voluntad de perfeccionamiento nunca definitivo de un Estado democrático las que generan un contexto propicio para la inflación normativa y para la falta de correspondencia entre la validez formal y la efectividad de las normas derivada en gran parte de la potencialidad actualizada por la función simbólica de las normas sancionadoras. No se trata de olvidar que en todo ello hay deficiencias, desidias, falta de rigor o de buena técnica legislativa e incluso de voluntad política de mantener líneas coherentes, pero en el fondo de la cuestión existe un elemento político irrenunciable en el contexto de un Estado democrático. No es casual que desde la sociología del Derecho se haya tenido que advertir que la inflación normativa no existe en el absoluto, es un valor relativo, relativo a las necesidades sociales. Y el debate sobre lo que sean verdaderas necesidades sociales o por contra falsas necesidades es un debate inevitablemente político²⁵⁵, elemento que no podemos escamotear bajo el manto de una crítica lineal y genérica a los fenómenos que hemos comentado. En este sentido hay que tratar de

²⁵³ Afirmación de Joan Ramon Villalbí, presidente del Comité Nacional de Prevención del Tabaquismo, según información citada de *La Vanguardia* de 3 junio 2001. En la misma información se recoge la siguiente afirmación de Lluís Salleras, director general de Salut Pública: "Somos estrictos en la señalización de zonas donde no se puede fumar", confiándose a partir de ahí en el civismo de los ciudadanos. Asimismo se recoge la afirmación de que "cuando está bien señalizado que está prohibido fumar, se fuma menos", según una coautora de estudios del hospital Parc Taulí de Sabadell.

²⁵⁴ Términos que tomamos de Carbonnier, cuando explica las posibilidades de la efectividad en leyes permisivas. La imagen con la que finaliza la explicación de este tipo de efectividad invisible no puede ser más afortunada: "C'est comme une fenêtre ouverte: même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux" (*Flexible droit...*, op. cit., p. 143).

²⁵⁵ Carbonnier, *Droit et passion...*, op. cit., p. 110.

hallar un punto de equilibrio entre las demandas de racionalización del ordenamiento jurídico²⁵⁶ y de exigencia de efectividad de las normas existentes²⁵⁷, demandas que tienen en su base principios que no se pueden dejar de lado -piénsese en la seguridad jurídica-, con la perspectiva de la heterogeneidad de intereses presentes en las leyes y la consiguiente consideración de su función, entre otras, simbólica.

Entendemos, en cualquier caso, que lo más adecuado y coherente con la comprensión del significado y alcance real de las transformaciones del Derecho del último siglo es un análisis abierto a las exigencias actuales por contradictorias o transgresoras de esquemas clásicos que sean. Análisis al que el Derecho puede y debe aportar elementos de racionalización para intentar ordenar un poco el debate y proporcionar líneas de solución a un problema socialmente relevante. Los términos en que la función simbólica de las normas sancionadoras esté presente y justifique más o menos amplios márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, dependiendo de lo que hemos denominado en un sentido muy amplio el entorno institucional concreto de ese ejercicio, puede ser una vía pertinente a tales efectos.

C. El uso creciente de mecanismos de flexibilización del rigor de las normas

En una época como la actual, en la que existe una inflación normativa y una importante falta de correspondencia entre la validez formal de las normas y su efectividad, no escasean como corolario de todo ello varios mecanismos o prácticas que en cierto modo vienen a

²⁵⁶ No faltan ejemplos cotidianos que ilustran este tipo de demandas. Así, a propósito del debate recrudescido cada verano del ruido en los espacios públicos, *La Vanguardia* de 4 agosto 2001 publica una información acompañada de una entrevista con el sociólogo Jaume Farràs, que propone "invertir mucho menos en normas, pero que se ejecuten aquellas que sean realmente importantes".

²⁵⁷ Los supuestos prácticos que ponen de manifiesto este tipo de exigencias cada vez que un asunto con consecuencias más o menos graves atrae la atención de los medios de comunicación son innumerables. Puede traerse por ejemplo a colación el tema de la circulación de las motos náuticas, en el que se comentó que "la clave sigue estando en un sistema efectivo de vigilancia sobre el terreno", ya que "La realidad ha evidenciado que esa normativa es insuficiente en algunos extremos y, sobre todo, que no se cumple" (editorial de *El País* de 20 agosto 2001). Se observa la facilidad de acudir a la denuncia de la insuficiencia de la normativa cada vez que ciertos sucesos tienen lugar y sobre todo encuentran eco en los medios de comunicación, lo que una vez más pone de manifiesto la dificultad de controlar la inflación legislativa... Las demandas de desarrollo de nuevas normativas por parte de ciertos sectores tras determinados acontecimientos se ha puesto también de manifiesto recientemente en todo el asunto relativo a las actividades extraescolares y las colonias escolares por parte de asociaciones de padres: vid. la información aparecida en *El País* de 4 junio 2001, p. 30.

flexibilizar el rigor de las leyes y que por tanto inciden de una forma clara en la aplicación de las sanciones administrativas previstas en ellas.

Estos mecanismos son múltiples, pero creemos no incurrir en un exceso simplificador si ahora nos referimos básicamente a dos bloques de prácticas. Dos bloques que se corresponderían al menos en abstracto (ya que en la práctica es difícil evitar la mutua relación) con dos modos de producirse, el unilateral y el bilateral. Con ello nos referimos, en primer lugar, a las prácticas de tolerancia administrativa en sentido amplio y en segundo lugar a las prácticas convencionales, acuerdos o pactos establecidos entre las Administraciones Públicas y otros sujetos para la aplicación de una determinada normativa.

No pretendemos agotar la exposición de todos los problemas jurídicos a que pueden dar lugar tales mecanismos o prácticas, lo que naturalmente llevaría a cambiar el objeto mismo del estudio, sino, una vez más, tomar conciencia de los aspectos más relevantes en la incidencia de la cuestión en la discrecionalidad del ejercicio de la potestad sancionadora.

a. Las tolerancias administrativas

Hablar de las tolerancias por parte de la Administración remite a algo tan ampliamente conocido y reconocido en la práctica como imprecisamente conceptualizado y estudiado en la teoría. Ciertamente es difícil encontrar estudios doctrinales sistemáticos sobre las tolerancias administrativas, su concepto, sus modalidades, etc. De modo que sigue siendo imprescindible la consulta del clásico trabajo de Talineau²⁵⁸. Lo cual no es seguramente extraño si se tienen en cuenta las connotaciones esencialmente negativas que desprende el reconocimiento de que el poder público pueda tolerar conductas ilegales, con sabor a permisividad indebida²⁵⁹, sobre todo en unos tiempos en que se vuelven a poner de relieve las múltiples caras de las prácticas corruptas en sistemas democráticos²⁶⁰.

²⁵⁸ "Les tolérances administratives", *AJDA*, enero 1978.

²⁵⁹ Vid. Roca, María J., "¿Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia", *RAP*, nº 152, 2000, pp. 223-226; Talineau, "Les tolérances...", op. cit., p. 3.

Vid. también sobre el concepto de tolerancia con una connotación negativa, respecto a la falta tipificada de tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados, Roca, "¿Qué se entiende por tolerancia...", op. cit., pp. 217-218.

²⁶⁰ Vid. por ejemplo la conexión existente entre la tolerancia de ciertas corrupciones privadas y la corrupción pública en Nieto García, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 70-72.

Es por ello que resulta necesario aclarar a qué tipo de fenómenos nos referimos y a qué tendencias o razones de fondo responden. Cabe indicar como precisión sistemática que en este momento sólo vamos a realizar una referencia general al tema, dejando para el capítulo V la cuestión de sus efectos, lo que será necesario desde el punto de vista de las condiciones y límites de este tipo de actuaciones que dan lugar a un margen de apreciación en el ejercicio de la potestad sancionadora. En ese momento tendremos ocasión de comentar ciertas vacilaciones jurisprudenciales que seguramente algo tendrán que ver con el estado de cierta precariedad mencionada del tratamiento sistemático de este tipo de fenómenos.

Aquí nos referimos a la tolerancia, más allá de otras acepciones más globales que tienen que ver con los valores de la libertad y de la democracia²⁶¹, como aquella actuación administrativa que consiente una ilegalidad y que consiste en tomar la opción de no aplicar una sanción legalmente prevista ante tal actuación ilegal.

No cabe duda de que ya en este círculo más concreto de significado, la tolerancia sigue presentando una dificultad bastante importante de delimitación en relación a términos como la dispensa, la equidad, e incluso la proporcionalidad²⁶². Las razones de fondo que a ello subyacen son importantes y hacen en cierta forma comprensible esta confusión. Se trata de fenómenos que ponen de manifiesto la necesidad de recurrir a mecanismos de flexibilización del Derecho, de atenuación del rigor de las normas generales, de adaptación a las necesidades del caso concreto, de necesaria libertad de apreciación de los órganos de aplicación del Derecho, frente a la incapacidad de una total previsión por parte de las normas formalizadas²⁶³. Lo cual no debe extrañar si se tiene en cuenta el contexto de inflación legislativa comentado más arriba²⁶⁴.

De modo general, sobre las pasividades ante indicios muy sólidos de comisión de delitos, o los instrumentos de bloqueo de las instituciones represoras, vid. por ejemplo pp. 11-15; 109-111; 214 ss.

²⁶¹ Vid., con referencias a una obra de Bobbio relevante en este terreno, López Calera, Nicolás María, "Derecho y tolerancia", *Jueces para la democracia*, 2-3/1992, especialmente pp. 3 y 6.

²⁶² Vid. Roca, "¿Qué se entiende por tolerancia...", op. cit., pp. 226-227.

²⁶³ Vid. Roca, "¿Qué se entiende por tolerancia...", op. cit., p. 228; Leben, Charles, "Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations", *Droits*, n° 25, 1997, p. 44; Combe, Christine, "Le pouvoir de dispense du roi: la prérogative dans l'Angleterre des XIIIe-XVIIe siècles", *Droits*, n° 25, 1997, pp. 54 y 57. Vid. también en general, Timsit, Gérard, "Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation", *RFAP*, n° 78, 1996, pp. 376-377.

²⁶⁴ Con lo cual "Con mucha frecuencia, la tolerancia está movida por una sana intención pública", ya que en esos casos "el incumplimiento es fruto inevitable del caos ordinamental": Nieto García, Alejandro, *La "nueva" organización...*, op. cit., p. 182. Ello obliga a no prejuzgar, sin considerar las circunstancias del caso, las

Todo ello, sin duda, coloca al Derecho ante la paradoja de insertar en la ordenación jurídica formal la hipótesis de la violación de la regla jurídica y permite una vez más tomar conciencia de la importancia y los efectos de la confrontación inestable de intereses presentes implicados en una regulación determinada²⁶⁵.

Ello es especialmente claro en el caso de la dispensa y su modelo preponderante en el Derecho Administrativo, el de la dispensa-derogación²⁶⁶. Se habla así de dispensa ante la exoneración de la obligación de cumplir alguna obligación general impuesta por la ley o de reunir ciertos requisitos de capacidad exigidos también de modo general para llevar a cabo determinadas actuaciones²⁶⁷, tendiendo, pues, a "hacer cesar la eficacia general de una ley por determinada circunstancia"²⁶⁸ y con un margen de discrecionalidad para su aplicación²⁶⁹, aunque el grado de este último dependerá en realidad de la forma en que se configure por parte de la norma que permita la dispensa²⁷⁰.

Sin embargo, las dispensas y las tolerancias administrativas no coinciden totalmente. Si bien es cierto que tienen en común el tratarse de actuaciones que vienen a atenuar el rigor de la norma, favoreciendo la posición de un determinado sujeto o sujetos en relación a la situación que resultaría de la sola norma general en principio aplicable, no hay que perder de vista que la tolerancia a lo que apunta es a la simple abstención de utilizar los mecanismos sancionadores ante determinadas conductas, pero sin por ello crear un estatuto positivo más o menos cercano a una autorización²⁷¹ de tales conductas²⁷². Dar la autorización de no respeto de una norma y hacer saber que no será sancionada son dos modos distintos de organizar el no respeto de una norma²⁷³. Circunstancia que es relevante puesto que, enlazando con el tipo de

relaciones entre tolerancia y corrupción (que puede llegar a operar así como "una alternativa al error y a la injusticia legales") mencionadas anteriormente.

²⁶⁵ Rouyère, Aude: "La dispense en Droit Public...", op. cit., pp. 77-81.

²⁶⁶ Rouyère, "La dispense...", op. cit., p. 77.

²⁶⁷ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo I*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 407.

²⁶⁸ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991, p. 258.

²⁶⁹ Vid. Rouyère, "La dispense...", op. cit., pp. 81-82 y García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, op. cit., p. 258.

²⁷⁰ Baño León, José María, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 107.

²⁷¹ Vid., sin embargo, sobre la problemática correspondencia entre dispensa y autorización García-Trevijano Fos, *Los actos...*, op. cit., p. 258.

²⁷² Vid. Talineau, "Les tolérances...", op. cit., especialmente p. 17.

²⁷³ Talineau, "Les tolérances...", op. cit., p. 17.

cuestiones comentadas al hablar de la eficacia simbólica de las normas, se pone de manifiesto que la voluntad de no oponerse a la violación de una norma no suspende la totalidad de sus efectos²⁷⁴. Creemos que es precisamente esta posibilidad de distinguir entre los efectos de una normativa vigente la que hace posible defender la autonomía e idoneidad, naturalmente en unas condiciones y con unos límites que no es el momento ahora de exponer, de las actuaciones basadas en la no aplicación de las consecuencias sancionadoras que comportan un margen de discrecionalidad para la Administración.

Esta distinción no impide que las tolerancias administrativas cubran un conjunto de actuaciones muy variado, que nos permite conectar fácilmente su presencia con la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Así, puede haber tolerancias tácitas y expresas, y pueden suponer o no la puesta en práctica de un compromiso, de una vinculación de su actuación en correspondencia con una determinada política represiva²⁷⁵. Asimismo cabe destacar que las tolerancias administrativas, caracterizadas por no utilizar los medios disponibles que permitirían a la Administración oponerse a una situación irregular, pueden consistir tanto en la ausencia de reacciones como en la utilización parcial de los medios, traducida esta última opción en el recurso a técnicas tan relevantes en el marco de nuestro objeto de estudio, como veremos por ejemplo en el capítulo IV, como las advertencias o los requerimientos. En definitiva, medidas de recordatorio de las obligaciones legales o de intimidación de las posibles consecuencias de persistir el incumplimiento pero sin verdadero carácter sancionador²⁷⁶.

La importancia de estos fenómenos de tolerancia, en relación diríase que inversamente proporcional a la atención doctrinal recibida, va mucho más allá de un posible rasgo residual o marginal. De la misma manera que una obra clásica de criminología y Derecho ha puesto de manifiesto la evolución histórica entera del sistema penal al hilo de los cambios experimentados por las políticas respecto a los ilegalismos²⁷⁷, la manera de practicar la tolerancia por parte de las Administraciones Públicas puede hacer cambiar radicalmente el paisaje de su intervencionismo punitivo. De manera que resulta indispensable tenerlo en cuenta

²⁷⁴ Talineau, "Les tolérances...", op. cit., p. 16.

²⁷⁵ Vid. Talineau, "Les tolérances...", op. cit., pp. 6-21.

²⁷⁶ Vid. Talineau, "Les tolérances...", op. cit., pp. 9-10.

²⁷⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, 12ª edición, (traducción de Aurelio Garzón del Camino), Siglo Veintiuno, Madrid, 2000, pp. 86 ss.

en estos momentos y conectarlo debidamente a los límites del ejercicio de la potestad sancionadora, como hemos anunciado.

b. Fenómenos convencionales en la aplicación de las normas

No menos relevante y notoria es la presencia de otro de los grupos de mecanismos que se sitúan claramente en la línea de flexibilizar el rigor de las normas con las consecuencias que ello conlleva a nivel sancionador.

Uno de los rasgos evidentes de las transformaciones del Derecho en este último siglo ha sido el de la contractualización de los contenidos de la ley, de modo que asume un gran protagonismo la participación y presión de diversos sujetos sociales en la creación y replanteamiento de las leyes bajo el signo de la ocasionalidad²⁷⁸. En consonancia con ello es normal que todo tipo de fórmulas de aplicación convencional de las normas, es decir, mediante cualquier tipo de acuerdo entre dos o más partes entendido ahora en el sentido más amplio posible, se impongan en no pocas ocasiones a la aplicación imperativa por parte de la Administración Pública.

No es, evidentemente, nuestro objetivo aquí examinar los fundamentos y la legitimidad de tales mecanismos, pero sí debemos realizar algunas indicaciones especialmente relevantes para nuestro objeto de trabajo.

- Así en primer lugar, desde un punto de vista a la vez metodológico y sustantivo, hay que recordar que la cuestión de la introducción de una dimensión convencional en el ejercicio de las potestades administrativas ha tenido que hacer frente también a la aplicación rígida de un dogma muy arraigado y general, el de la indisponibilidad de las potestades administrativas. Dogma ante el cual se ha tenido que poner énfasis, primero en que el fenómeno ya existe, obedece a causas precisas y está al servicio de intereses dignos muy a menudo de protección jurídica, y segundo en la importancia del respeto, también en los contratos sobre actos y potestades, de las reglas básicas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como el servicio a los intereses generales, la objetividad, etc.²⁷⁹

²⁷⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 37.

²⁷⁹ Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 23, 35, y sobre todo 263-289.

- Por lo que se refiere a la relación entre actividad convencional y potestad sancionadora, ésta es muy intensa en varios sentidos.

De entrada, desde un perspectiva global, dada la abundancia al recurso sancionador en nuestro ordenamiento jurídico, es difícil que una puesta en marcha de mecanismos convencionales no acabe repercutiendo en la flexibilización de la aplicación de sanciones.

Pero con independencia de ello esta interdependencia también se da en el plano teórico a la hora de construir la legitimidad y los límites de la actividad convencional en el ejercicio de las potestades administrativas. Concretamente, desde el momento en que se afirma el límite de las normas de Derecho imperativo a esta actividad²⁸⁰, que por tanto tendría su campo natural de desarrollo en aquellos ámbitos donde existe un margen de apreciación o de discrecionalidad por parte de la Administración Pública²⁸¹, el carácter reglado o discrecional de la potestad sancionadora es un presupuesto para su consideración posible como objeto de tal actividad convencional. De ahí que, por un lado, el peso del presupuesto dogmático del carácter reglado de la potestad sancionadora influya en la sospecha de la ilegalidad *de lege data* de los acuerdos que afectan a la imposición de sanciones²⁸² y que, por otro lado, los autores que presuponen la existencia de márgenes de apreciación relevantes en tal potestad no tengan problemas en hablar de ella en el marco de los fenómenos convencionales o contractuales dentro del ejercicio de las potestades administrativas²⁸³.

- Si no es nuestro objeto posible de reflexión el estudio mismo de la actividad convencional y si el encaje en la misma del ejercicio de la potestad sancionadora parece depender en gran parte del carácter reglado o discrecional del mismo, a lo que no podemos

²⁸⁰ En relación a la terminación convencional del procedimiento se ha dicho que constituye una vía para "la mejor y más rápida satisfacción del interés público, pero no es una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad": Sánchez Morón, Miguel, "La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos", en Sánchez Morón, Miguel; Trayter Jiménez, Juan Manuel y Sánchez Blanco, Ángel, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1995, p. 15.

²⁸¹ Vid. Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 209; De Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales...*, op. cit., p. 25.

²⁸² Vid. por ejemplo Bustillo Bolado, Roberto O. y Cuerno Llata, José Ramón, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 171. Hay que tener en cuenta toda la jurisprudencia que se refiere expresamente a la imposibilidad de transigir con potestades como la sancionadora, a la que hemos hecho referencia en el capítulo I.

²⁸³ Huergo Lora, *Los contratos...*, op. cit., pp. 50-52. Vid. también una postura posibilista en cuanto a la consensualidad en el procedimiento sancionador, lamentando la omisión de su regulación en el REPEPS en Delgado Piqueras, *La terminación convencional...*, op. cit., pp. 220-223.

dar respuesta sino hasta el final del trabajo, en lo que sí vale la pena poner especial énfasis en este momento es en el significado y razones e implicaciones de fondo de las prácticas convencionales.

En este sentido es necesario reparar en las ventajas atribuidas a la introducción de acuerdos en el ejercicio de potestades discrecionales: mayor adaptación a la confrontación y composición de los intereses participantes, mayor grado de aceptación de los interesados, mayor eficacia en relación a la actuación unilateral, menor conflictividad...²⁸⁴

Estas notas características no están exentas de conexión con lo que, dando un paso más, sería el valor o justificación última de este tipo de actuaciones: el constituir la única vía posible para proteger ciertos intereses dignos de protección jurídica como son los de poder desarrollar una actividad privada acorde con la normativa pero incompatible con la espera de un largo período que permita obtener la conformidad administrativa²⁸⁵. De una manera quizá más amplia, se ha hablado de los convenios como mecanismo que permite evitar los perjuicios que ocasionaría tanto a los intereses privados como públicos un normativismo o reglamentismo rígido²⁸⁶.

Es precisamente este dato de la lucha frente a los posibles perniciosos efectos de un normativismo rígido el que mejor permite establecer la relevancia de estos fenómenos para entender los datos previos a la pregunta sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. No hay que olvidar que una de las mayores virtualidades de los convenios es hacer más realista o rápido el cumplimiento de determinados objetivos imponiéndose incluso a las prescripciones técnicas de ciertos reglamentos²⁸⁷, descartando, en definitiva, disposiciones que deberían aplicarse a una determinada situación establecida²⁸⁸. Lo cual hace fácil la existencia de zonas de proximidad o de práctica intersección entre las tolerancias administrativas y las actividades administrativas de tipo transaccional²⁸⁹.

²⁸⁴ De Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales...*, op. cit., pp. 39-41.

²⁸⁵ Huergo Lora, *Los contratos...*, op. cit., p. 100.

²⁸⁶ Huergo Lora, *Los contratos...*, op. cit., pp. 114 y 231.

²⁸⁷ Sánchez Sáez, Antonio José, "Contexto y base de los sistemas de gestión voluntaria en la legislación española de envases, residuos de envases y residuos", *RAAP*, nº 38, 2000, p. 318.

²⁸⁸ Serverin, Evelyne; Lascoumes, Pierre; Lambert, Thierry, *Transactions et pratiques transactionnelles...*, op. cit., pp. 2-3.

²⁸⁹ Vid. un caso concreto en Serverin, Lascoumes y Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles...*, op. cit., pp. 182-183.

Estos aspectos se ha podido poner especialmente de relieve en materia medioambiental²⁹⁰, a nivel de propuestas generales y a nivel de experiencias más concretas.

En lo primero, con el documento comunitario relativo a los acuerdos sobre el medio ambiente, donde se pone de manifiesto la relación de simplificación, e incluso de complementariedad de estas prácticas con la legislación en este campo, y sobre todo su virtualidad para incrementar las posibilidades de cumplimiento de los objetivos de protección del medio ambiente²⁹¹.

En lo segundo, con experiencias como los planes de descontaminación gradual, cuya puesta en práctica ha permitido visualizar los problemas graves a que pueden dar lugar las implicaciones últimas, sin la debida coherencia en la actuación de los diversos poderes públicos implicados, de estas técnicas²⁹², que ya no son ignoradas por las normas incluso con rango de ley²⁹³.

²⁹⁰ Este es uno de los sectores relevantes de políticas de los poderes públicos donde "la transaction constitue l'instrument principal de résolution des conflits": Serverin, Lascoumes, Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles...*, op. cit., p. 141.

²⁹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre el medio ambiente, en Ministerio de Medio Ambiente, *Presentación política sobre acuerdos voluntarios*, pp. 3, 6, 7, 9, 11 y 14.

²⁹² Concretamente se han planteado graves discordancias por cuanto el ministerio fiscal ha actuado contra prácticas administrativas de prórrogas de este tipo de planes en relación a la contaminación de los ríos. Vid. la información aparecida en el diario *Avui* de 11 abril 2000: "Macias [consejero de política territorial y obras públicas de la Generalitat de Catalunya] defensa davant el TSJC els plans de descontaminació dels rius. El ministeri públic l'acusa d'un presumpte delict de prevaricació mediambiental".

²⁹³ Sobre estos planes, cuyo seguimiento permite sobrepasar inicialmente los niveles normativos de contaminación, puede verse el art. 38 del *Reglament metropolità d'abocaments d'aigües residuals*, aprobado por el pleno del Consejo Metropolitano de la Entidad metropolitana de los servicios hidráulicos y del tratamiento de residuos de Barcelona el 8 mayo 1997 y modificada el 10 febrero 2000.

Ya a nivel legal hay que destacar algunas disposiciones de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental. En ella se prevé la posibilidad de la autorización de la Administración de la Generalitat de incluir excepciones temporales a los requerimientos relativos a los valores límite de emisión de sustancias contaminantes en el caso de un plan o programa aprobado por el órgano ambiental competente que garantice el respeto de tales exigencias en el plazo máximo de 6 meses y en el caso de un proyecto que comporte una reducción de la contaminación (art. 22.4; art. 36.4 del Reglamento general de desarrollo de dicha ley, aprobado por Decreto 136/1999, de 18 de mayo). Asimismo se prevé a nivel transitorio que en la solicitud de autorización o de licencia se pueda pedir que éstas otorguen una exención temporal de alguno de los límites de emisión, en cuyo caso debe adjuntarse un programa gradual de reducción de las emisiones que garantice alcanzar los límites autorizados en el plazo más breve posible que resulte de los condicionantes técnicos y económicos de la actuación. Para su otorgamiento se requiere que las condiciones del medio receptor lo permitan sin alteración grave de la calidad y sin superar ciertas normas de calidad del medio o bien que las previsiones de reducción de las emisiones se ajusten a un plan o programa de calidad del medio receptor aprobado por la Administración. Asimismo se exige que la duración del programa de reducción de las

Es en la medida en que todo ello obliga a plantear abiertamente la justificación y los límites de márgenes de apreciación a la hora de iniciar actuaciones sancionadoras que los fenómenos convencionales deben ser tenidos en cuenta en el marco de los presupuestos de las transformaciones contemporáneas del Derecho.

III. DERECHO PUNITIVO. ALGUNAS CLAVES DEL PASO DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para adentrarnos en la perspectiva de los fundamentos y límites de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora administrativa resulta de obligado paso el ámbito penal, tanto desde el punto de vista del debate que se da en este ámbito como de su relación y transición respecto al Derecho Administrativo Sancionador.

1. El debate en el proceso penal. Primeras consideraciones sobre su trascendencia para el Derecho Administrativo Sancionador

En la transición entre el Derecho desde una perspectiva global y el Derecho punitivo y administrativo sancionador en particular, qué duda cabe de que la reflexión sobre la presencia de la discrecionalidad y la oportunidad y sus argumentos a favor y en contra debe pasar por el ámbito del proceso penal. De la misma manera que, propiciado por una identidad material de fondo evidente, los principios penales han inspirado, desde un punto de vista esencialmente garantista, los procedimientos administrativos sancionadores, lo mismo debe suceder a la hora de encontrar elementos de debate y soluciones al problema de la aplicación de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Nuestra pretensión al traer a colación estos problemas localizados en el ámbito procesal penal es, pues, partiendo de una sumaria y necesaria referencia al estado de la cuestión, extraer perspectivas de análisis y conclusiones relevantes en relación a nuestro objeto de tesis. Debemos advertir que, si bien creemos que éste es el momento adecuado para plantear esta perspectiva de un modo lo suficientemente amplio, ello no implicará que todos los elementos que han aparecido en el ámbito del Derecho Penal vayan a ser necesariamente abordados aquí, sino que será conveniente hacerlo en capítulos posteriores, de modo especial en el relativo a los límites del ejercicio discrecional de la potestad sancionadora.

A. Cuestiones centrales pendientes de resolución en nuestro Derecho Penal

Si bien es evidente que la discusión acerca de la vigencia y aplicación del principio de legalidad y del de oportunidad debe ir más allá de cualquier ordenamiento jurídico concreto, al tratarse de algo que necesariamente se plantea en el inicio de la articulación del proceso, también es cierto que, como veremos, el estado de la cuestión sobre este aspecto en nuestro Derecho, por las razones que apuntaremos, permite revisar sus implicaciones esenciales.

a. ¿Existe un concepto claro del llamado *principio de oportunidad*?

Es normal, de entrada, que si en un determinado Derecho se desea conocer con precisión cuál es el alcance de la vigencia y la aplicación de una categoría jurídica, sea imprescindible contar con un concepto mínimamente claro, intercambiable, de la misma. En nuestro caso se han planteado dudas a este respecto, a la hora de identificar con claridad el tipo de fenómeno jurídico que implica hablar de *principio de oportunidad* en el proceso penal. La multitud de fenómenos que se han llegado a relacionar con este principio, tan heterogéneos como la conformidad, el perdón del ofendido, la amnistía, el indulto, la remisión condicional, etc.²⁹⁴, han llevado a poder hablar en la doctrina española de una frecuente indeterminación notable en el uso de este término. De modo que ha sido posible, en uno de los estudios de referencia en nuestra doctrina en este campo, distinguir entre una concepción amplia y otra estricta, haciéndose referencia con la primera a todos aquellos mecanismos utilizados contra la pequeña criminalidad. En cambio, con arreglo a la concepción más estricta, se ciñe el principio de oportunidad a unos rasgos muy concretos, referidos, subjetivamente al fiscal y al órgano jurisdiccional, objetivamente a sus obligaciones esenciales en el proceso penal y teleológicamente a la enervación de tales obligaciones conforme al principio de legalidad, señaladamente la referida al ejercicio de la acción penal²⁹⁵.

²⁹⁴ Vid. un claro ejemplo de esta gran pluralidad y diversidad de fenómenos considerados manifestación del principio de oportunidad concretamente en nuestro ordenamiento en Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal. Proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 57-58.

²⁹⁵ Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 204-210. Es interesante en este sentido ver la distinción que realiza esta autora entre *principio de oportunidad* y *meros criterios de oportunidad*.

Dentro de la discusión referida a lo que se deba entender en sentido estricto por principio de oportunidad, ha ocupado un espacio especialmente relevante la inclusión o no de la institución de la conformidad del procesado prevista en las leyes procesales penales²⁹⁶. Puede decirse que de forma mayoritaria la doctrina ha entendido que la conformidad en el proceso penal se puede considerar sin mayores problemas una de las manifestaciones del principio de oportunidad, y de manera concreta en nuestro ordenamiento, de modo que incluso la conformidad dotaría de gran parte del contenido a la presencia, problemática como veremos, del mencionado principio. No han faltado en este sentido declaraciones de voluntad en el sentido de separar sus respectivos ámbitos, señalándose que, si bien es innegable que existe una coincidencia parcial en los objetivos, la conformidad viene animada más por razones de economía procesal que por objetivos de política criminal²⁹⁷.

¿Cuáles son los elementos de análisis y las conclusiones provisionales relevantes de esta cuestión conceptual inicial en relación a nuestra tesis? Podemos resumirlos en los siguientes puntos.

- En primer lugar, cabe destacar la cuestión más puramente terminológica, que tiene importantes implicaciones en cuanto a la determinación precisa del objeto. Las vertientes de esta cuestión pueden ser varias, comenzando por la relativa a la preferencia terminológica por la expresión *principio de oportunidad* sobre la de *discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*. Aquí hemos utilizado el primero de los términos en la medida en que la presentación dominante en el ámbito del proceso penal, que ha constituido nuestro punto de partida, está presente la terminología *principio de legalidad-principio de oportunidad*. Ahora bien, esto no quiere decir que con tal opción se haya considerado inadecuada la expresión alternativa indicada. Es más, precisamente en favor de la utilización del segundo término se situarían las

²⁹⁶ Concretamente, sobre la regulación vigente en la actualidad de la conformidad del procesado, hay que tener en cuenta los arts. 688-700 LECr en cuanto al procedimiento ordinario; fundamentalmente los arts. 789.5, 791.3 y 793.3 LECr en cuanto al proceso penal abreviado y el art. 50 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), en cuanto al proceso con jurado. Es este segundo conjunto de previsiones, producto de las reformas producidas sobre todo en 1988 (LO 7/1988, de 28 de diciembre) y 1992 (Ley 10/1992, de 30 de abril) el que ha centrado de forma fundamental el debate en la doctrina procesalista, dado el decidido impulso que suponen de la institución de la conformidad y la polémica que ello en sí mismo y la forma en que se ha hecho conlleva. Más adelante haremos alguna referencia a ello.

²⁹⁷ Es la posición de Lanzarote Martínez, Pablo A., "La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva", *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 3, 1996, p. 180. Un resumen y una cita general de esta cuestión en su tratamiento doctrinal puede encontrarse en Aguilera Morales, Encarnación, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 134-135.

conclusiones a las que llegamos al introducir los conceptos de *discrecionalidad* y *oportunidad*, y tampoco han faltado aportaciones relevantes que han señalado desde otros puntos de vista la mayor adecuación de hablar de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal²⁹⁸. Aclarado esto, añadiremos simplemente que por otra parte el uso de los términos, al menos en este caso, no debe ser fuente de problemas sustanciales si se explicita debidamente su contenido. Más relevante, en cambio, nos parecen las implicaciones que esta cuestión puede suponer en relación a la determinación precisa del objeto de la tesis, segundo punto a tener en cuenta.

- Si se tratara de zanjar únicamente la cuestión terminológica, sería plausible entender que una de las causas por las que se puede dudar de la adecuación del término *principio de oportunidad* es precisamente su excesiva generalidad. En ese sentido sería por ejemplo mucho más concreto hablar de *opportunité des poursuites*, como se hace tradicionalmente en el Derecho francés²⁹⁹, o utilizar la expresión antes mencionada de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. Pero ello nos lleva precisamente al aspecto más sustancial avanzado anteriormente. Porque, en el paso del principio de oportunidad en general a la oportunidad de la persecución o de la acción late una distinción que no es ajena precisamente a la problemática de la existencia de un concepto claro de principio de oportunidad. La distinción entre la incidencia de cualquier consideración de oportunidad a lo largo del ejercicio de la potestad punitiva o más exactamente el aspecto relativo a la existencia de márgenes de apreciación a la hora de iniciar acciones a la vista de una actuación que reúne las condiciones para dar lugar a ella. Cuestión esta última más concreta y que va referida naturalmente a un momento inicial de las actuaciones de los órganos públicos, y a cuya referencia no han sido ajenos algunos intentos de centrar precisamente el contenido del principio de oportunidad por oposición a la conformidad³⁰⁰. De modo que algunos de los intentos doctrinales por parte de

²⁹⁸ Así, se ha entendido que la utilización de la expresión *principio de oportunidad* puede resultar equívoca a la hora de deslindar la discrecionalidad técnica de la política: Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar...*, op. cit. p. 16.

²⁹⁹ Puede verse la importancia de este concreto término a la hora de analizar en general la institución del Ministerio Fiscal en Angibaud, Brigitte, *Le Parquet*, PUF, París, 1999, pp. 47-48, 54-64; Lemesle, Laurent y Pansier, Frédéric-Jérôme, *Le procureur de la République*, PUF, París, 1998, pp. 27-29, 92-93; Volff, Jean, *Le ministère public*, PUF, París, 1998, pp. 62-66.

³⁰⁰ Se pronuncia en ese sentido Lanzarote Martínez, "La oportunidad reglada...", op. cit., p. 180: "la actuación del principio de oportunidad debe venir referido al momento inicial del proceso, a la facultad de no instar el comienzo del mismo". De un modo similar, se ha recordado que "si se parte de un concepto estricto del principio de oportunidad, en contraposición al principio de legalidad retributiva, la conformidad, en la medida en que, ni evita de raíz la persecución penal, ni faculta al Ministerio Fiscal para prescindir, en determinados

quienes tratan en el ámbito procesal penal de restringir lo más posible la noción de principio de oportunidad tienen como elemento central ineludible de referencia este elemento de posibilidad de dar lugar o no al inicio de las actuaciones, aunque sin renunciar a incluir también a la posibilidad de poner fin al proceso por motivos de oportunidad una vez comenzado³⁰¹. Sin embargo, no siempre esto es tan claro³⁰², puesto que en este aspecto conceptual, pese a su importancia, como tantas veces ocurre, acaban existiendo casi tantas concepciones como autores.

Pues bien, todo ello pone de relieve la dificultad de delimitar con precisión el tipo de fenómeno que debe ser objeto de estudio cuando se habla del principio de oportunidad en el ámbito del Derecho Penal o de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, en nuestro caso, en el del Derecho Administrativo. Puesto que si bien parece por un lado que debe ocupar un lugar relevante todo lo referente a la decisión sobre el inicio de las actuaciones, tampoco, ni siquiera desde el punto de vista doctrinal más restrictivo en el concepto mismo de principio de oportunidad, se deja de incluir otro tipo de situaciones que se localizan en momentos procesales posteriores.

Sin embargo, no creemos que de ello derive una imposibilidad absoluta de configurar de manera mínimamente autónoma el objeto de referencia. Ya que, si bien es cierto que es difícil

supuestos, de la formulación de la acusación, habría de permanecer, desde una perspectiva formal, alejada de dicha consideración": Mira Ros, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, pp. 197-198. Lo cual no impide señalar a la misma autora que tradicionalmente esta institución se ha venido configurando como una manifestación lícita del principio de oportunidad.

³⁰¹ Así por ejemplo también Montero Aroca expone que el principio de oportunidad supondría conceder amplias facultades al fiscal para decidir sobre el ejercicio de la acción penal (pudiéndose así llegar a no iniciar el proceso penal) y sobre la conclusión del proceso sin sentencia a pesar de la existencia de hechos tipificados: Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A., *Derecho Jurisdiccional III Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 22. Vid. también, entre otros, la exposición de Aguilera Morales, que incluye en la noción más estricta de principio de oportunidad la facultad "para la no iniciación del proceso o para darle fin una vez comenzado pese a existir sospechas fundadas de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito" (*El principio de consenso...*, op. cit., p. 24).

³⁰² Armenta Deu, pese a trazar un concepto amplio y otro estricto del principio de oportunidad, no considera que pertenezca a su esencia obviar el procedimiento desde sus inicios: *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 214. Del mismo modo, tampoco coinciden siempre necesariamente un concepto estricto de principio de oportunidad que excluya la conformidad con uno que excluya lo que no se refiera básicamente a la decisión sobre la iniciación del proceso: vid. una posición por parte de De la Oliva Santos, que recoge una noción de principio de oportunidad que se extiende a aspectos variados a lo largo del proceso separándolo sin embargo de la esencia de la conformidad, en De la Oliva Santos, A.; Aragoneses Martínez, S.; Hinojosa Segovia, R.; Muerza Esparza, J.; Tomé García, J.A., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993, p. 21.

encontrar, como se ha visto, una coincidencia en la identificación de todas las concretas manifestaciones del principio comentado, no es menos cierto que resulta viable deducir una noción que puede servir de hilo conductor y que es común a toda reflexión sobre la idea del principio de oportunidad. Más allá, en efecto, de un listado concreto de fenómenos o de una referencia precisa a un momento procesal determinado, creemos que esta noción común que permite articular una reflexión autónoma acerca del principio de oportunidad o de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es la de la posibilidad de *disponer* del ejercicio de esa acción punitiva. De este modo, en el ámbito procesal penal se ha defendido que, intentando precisamente llegar a un concepto que no sea demasiado amplio y vago de principio de oportunidad, éste implica la existencia de un poder -que viene así a condicionar el deber estatal de imponer la pena ante la concurrencia de sus presupuestos (conducta delictiva y punible)- atribuido al Ministerio Fiscal u órgano oficial similar de disponer con unas determinadas condiciones del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal. Lo cual puede ir más allá de perseguir inicialmente o no las conductas de apariencia delictiva para pasar a incluir fenómenos referidos a diversas fases como la selección de elementos fácticos, la forma de la calificación de los hechos a efectos de petición de pena, o la sustitución de la solicitud de pena o de su aplicación por la imposición de otras medidas³⁰³.

Lo que está en juego, en definitiva, es la existencia de una facultad de decidir por parte de un órgano público, facultad capaz de enervar sus obligaciones en el proceso o parte de ellas, referidas a la investigación de los hechos aparentemente delictivos y de modo fundamental al ejercicio de la acción penal, y a velar por el desarrollo del proceso penal de acuerdo con la legalidad vigente³⁰⁴.

El problema de la existencia de discrepancias sobre si fenómenos concretos como la conformidad entran o no dentro de este concepto no debe ya entonces suponer una duda constante sobre la esencia del mismo, sino más bien, por ejemplo, la existencia de diferentes apreciaciones sobre el alcance preciso del fenómeno de la conformidad o la existencia de diferencias en cuanto al aspecto sobre el que se pone mayor énfasis al hablar de la conformidad. De manera que, a nuestro entender, dependiendo de aquello en que se destaque más de la conformidad, se puede llegar a resultados no exactamente coincidentes acerca de su

³⁰³ De la Oliva Santos, en *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 20-21.

³⁰⁴ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 208.

inclusión o no en el principio de oportunidad sin que ello suponga una discrepancia fundamental en el concepto, al menos estricto, de este último³⁰⁵.

Es, pues, la idea central de la disponibilidad del ejercicio de la acción la que preside la caracterización última del principio de oportunidad. Y creemos que ello nos sitúa, a partir del problema terminológico y conceptual, ante lo que debe constituir el núcleo de la aportación del debate en sede de proceso penal al ámbito objeto de nuestra tesis, el de la potestad administrativa sancionadora. Porque, en definitiva, si de lo que se trata en última instancia es de la posibilidad de disponer del ejercicio de una acción por parte de un órgano público, estamos hablando de un poder que debe tener sus razones de ser o sus justificaciones y que debe contar asimismo obligatoriamente con unos límites o condiciones de su ejercicio. Todo ello, junto al postrero elemento de la responsabilidad que sea exigible en el ejercicio de ese poder, constituye la base fundamental, la trama esencial en el marco de un sistema constitucional que permite extraer claves interpretativas del debate en el proceso penal en relación a la actuación administrativa de carácter punitivo. Por ello será importante repasar a continuación brevemente lo relativo a las razones esgrimidas a favor del *principio de oportunidad* -razones de ser, justificaciones- y a los límites en la aplicación del mismo -límites, condiciones de ejercicio-.

Pero antes, debemos dar respuesta a otro de los elementos previos que resultan relevantes a la hora de determinar cuál es la situación actual y en nuestro país del principio de oportunidad en el ámbito penal.

³⁰⁵ Así, por una parte, el énfasis puesto en el elemento del acuerdo y de su vinculación del tribunal lleva a De la Oliva Santos a separar la conformidad de la esencia del principio de oportunidad (en *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 21), de modo que la negociación entre fiscal y defensa no necesariamente expresa el principio de oportunidad, siendo necesario que el Ministerio Fiscal formule una acusación que de algún modo no se ajuste estrictamente a los parámetros previamente establecidos por la ley: vid. en este sentido también Butrón Balaña, Pedro M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 92. En cambio, por otra parte, el acento puesto en el resultado de dar fin al proceso sin haberse desarrollado todas las fases que, de acuerdo con el principio de legalidad, hubiera habido que llevar adelante, lleva a Armenta Deu a calificar la conformidad como una posible manifestación del principio de oportunidad, eso sí, en su sentido más amplio (*Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 214 y 207).

b. ¿Rige enteramente el llamado *principio de legalidad* en nuestro proceso penal?

Algo sobre lo que podría parecer elemental de entrada tener una respuesta clara es la cuestión de si en nuestro Derecho procesal penal vigente está vigente o no el principio de oportunidad. El objetivo del presente epígrafe es señalar los factores por los que la respuesta a esta pregunta no resulta precisamente sencilla.

Lo primero que cabe indicar es que resulta necesario separar varios niveles a la hora de buscar la respuesta a la cuestión indicada. Del mismo modo que veíamos en la presentación del objeto de nuestra tesis -donde nos preguntábamos precisamente si existe discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en nuestro Derecho vigente- resulta necesario no limitarse a un planteamiento global, sino descender a los datos del Derecho positivo en sus diversas manifestaciones. Es por ello que en este momento hemos de distinguir al menos los tres siguientes planos para tratar de tener una idea acabada sobre la vigencia o no del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento vigente.

1. En primer lugar, cabe traer aquí a colación la existencia en nuestro ordenamiento procesal penal de la regulación de la conformidad del procesado. Sobre los términos en que se ha planteado la pertenencia de este concreto e importante aspecto del proceso penal, ordinario y abreviado, al principio de oportunidad, hay que remitirse evidentemente a lo dicho en el anterior epígrafe. Sin embargo, cabe aquí recordar que este primer elemento ha protagonizado en gran parte el debate sobre la vigencia o la aplicación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento, de modo que las posturas de crítica favorable o desfavorable a ambos fenómenos han transcurrido por vías paralelas. Aunque también es necesario aclarar que una parte importante de los comentarios negativos que ha generado la regulación de la conformidad, especialmente la producida a consecuencia de las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los años 1988, 1992 y 1995, lo son no tanto por una consideración abstracta de la supuesta introducción del principio de oportunidad como por las deficiencias técnicas presentes en la misma y su modo de introducción³⁰⁶.

³⁰⁶ Así, De la Oliva Santos ha afirmado que "Lo que me parece indefendible y, más aún, decididamente impugnado, es que, sin haber determinado esa necesidad, derivada de una persistente desproporción entre la capacidad de la Jurisdicción penal y el caudal de los fenómenos criminales detectados, sin debate social sobre este hecho, sin conciencia ciudadana sobre esa situación y sin reformas legales claras y precisas, se prescindiera del sistema constitucional y legalmente en vigor, que es el que, por otra parte, la ciudadanía cree en funcionamiento, y se instaure, de modo puramente fáctico, silencioso e inconfesado, una "Justicia penal consensuada", en el

En cualquier caso, con independencia de los aspectos problemáticos que ha planteado y sigue planteando la regulación de la conformidad, ya hemos visto como la mayor parte de la doctrina conecta su presencia con el principio de oportunidad, aunque no sea en un sentido lo más estricto posible de este último. En la justa medida en que la aplicación de la conformidad supone al menos de forma habitual por hipótesis contemplar un poder de disposición sobre el desarrollo del proceso a la vista de las obligaciones que inicialmente derivan de la ley ante la comisión de unos hechos delictivos y punibles, resulta clara, pues, la presencia en nuestro ordenamiento de esta manifestación del principio de oportunidad.

2. Ahora bien, cabe en segundo lugar tratar de averiguar si, dejando de lado el concreto elemento de la conformidad, y teniendo en cuenta que siguen existiendo buenos argumentos para excluirla estrictamente del principio de oportunidad, existe alguna otra manifestación concreta del mencionado principio. Y la respuesta debe ser afirmativa. Existen, efectivamente, otros casos que la doctrina procesalista y penalista ha identificado como tales manifestaciones. Veamos cuáles son al menos los más claros, sin ánimo de exhaustividad³⁰⁷.

a. El primer supuesto que se ha identificado como caso claramente positivizado que permite actuar al Ministerio Fiscal con arreglo al principio de oportunidad es el que recoge el Código Penal al regular el delito de amenazas. Concretamente la ley permite al Ministerio Fiscal, "para facilitar el castigo de la amenaza", "abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado", dentro de determinados límites cuantitativos de la pena asociada a tal delito³⁰⁸. El supuesto se centra, pues, en la conducta de exigencia de cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito. Su valoración ha ido desde señalar que el legislador ha sido muy generoso siguiendo "un discutible principio

prólogo a Aguilera Morales, *El principio de consenso...*, op. cit., p. 9. Las críticas apuntan de un modo especialmente intenso a lo que se considera una inseguridad jurídica creada por las deficientes leyes introducidas en las reformas comentadas (vid. por todos Aguilera Morales, *El principio de consenso...*, op. cit., pp. 131 ss.) y a la falta de reflexión previa acerca del encaje en el ordenamiento vigente (pp. 18 y 239).

³⁰⁷ Dejamos a un lado aquí, así, todos los casos relacionados con el ámbito de validez espacial de la ley penal, donde se podría conectar la perspectiva de la oportunidad con, por ejemplo, el interés existente en territorio español por perseguir hechos cometidos fuera del mismo (art. 23.2 LOPI, que exige entre otros requisitos el de que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles): vid. realizando estas inclusiones Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", *Poder Judicial*, nº especial VI ("Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas"), 1989, pp. 30-31.

³⁰⁸ Vid. art. 171.3 CP.

de oportunidad"³⁰⁹, pasando por decir que se ha tratado de una "timidísima" introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, dado que es el único caso previsto (según el autor en cuestión) en el CP y que en realidad se hace jugar para castigar un delito³¹⁰, hasta indicar que confirma la voluntad del legislador de los últimos tiempos de avanzar de modo firme por "las sendas de la oportunidad"³¹¹

b. En segundo lugar podemos destacar, en el ámbito referido a los menores, la posibilidad del Ministerio Fiscal de desistimiento de la incoación del expediente en caso de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, así como la posibilidad de sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima en casos similares³¹².

c. Un tercer caso a mencionar es el de la posibilidad del Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción penal en los juicios de faltas semipúblicas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge en efecto la posibilidad de que los fiscales puedan dejar de asistir al juicio. Ello puede ocurrir en determinados supuestos, "en atención al interés público", cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado y con instrucciones al respecto impartidas por el Fiscal General del Estado³¹³. A través de una instrucción, la propia Fiscalía General del Estado ha explicitado que estamos ante un supuesto de manifestación del principio de oportunidad³¹⁴.

d. Finalmente, un cierto poder de disposición en manos del Ministerio Fiscal puede apreciarse cuando el Código Penal dispone que para proceder por los delitos, tradicionalmente

³⁰⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 147.

³¹⁰ Gómez Colomer, Juan-Luis, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 134. También según Aguado Correa éste del art. 171.3 es "la única e inequívoca manifestación del principio de oportunidad que encontramos en nuestro Código Penal": Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 465-466.

³¹¹ Butrón Balaña, *La conformidad...*, op. cit., p. 84.

³¹² Vid. arts. 18 y 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Vid. Butrón Balaña, *La conformidad...*, op. cit., p. 84.

³¹³ Vid. art. 969.II LECr, redactado conforme a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

³¹⁴ Tomamos el dato de Butrón Balaña, *La conformidad...*, op. cit., pp. 85-88, donde se puede encontrar además una referencia a varios de los problemas concretos que plantea este supuesto. Sobre el problema de la aplicación procedente o no de las normas sobre la conformidad a este caso, vid. Aguilera Morales, *El principio de consenso...*, op. cit., pp. 72-73. Vid. anteriormente a la reforma la Instrucción 2/1990, de 8 de marzo (publicada en el *BIMJ*, suplemento del nº 1586-1587, 15 enero 1991), que contenía un claro mensaje de no consentir la eliminación de la intervención del MF en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado.

considerados privados, de agresiones, acoso o abusos sexuales, es necesaria la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, "que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia"³¹⁵.

Se trata, pues, de supuestos -especialmente los tres primeros- a los que se podrá conceder mayor o menor importancia o peso relativo, pero en los cuales está presente sin duda un elemento de facultad de disponer sobre el desarrollo de las actuaciones por parte del Ministerio Fiscal por razones de oportunidad.

3. Sin embargo, constatado lo anterior, las mayores dudas se siguen situando en el plano más general de análisis. ¿Consiente nuestro ordenamiento jurídico la entrada, en mayor o en menor medida, del principio de oportunidad?

Si hemos hecho figurar el *principio de legalidad* en el título del presente epígrafe es precisamente porque el punto de partida generalmente asumido en nuestro Derecho vigente es el contrario al *principio de oportunidad*. Tanto las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³¹⁶ como la misma Constitución³¹⁷ parecen apuntar en esa línea. Pero decimos *parecen* porque a pesar de que, como hemos dicho, se suele admitir, incluso por parte de quienes en la práctica abogan por una introducción de manifestaciones del principio de oportunidad³¹⁸, el principio de legalidad como punto de partida, lo cierto es que no existe un acuerdo doctrinal sobre el alcance de ese principio en cuanto a su incompatibilidad con el reconocimiento del de oportunidad o de sus manifestaciones. Esto puede parecer sorprendente, pero en cualquier caso pone de relieve la complejidad del manejo de las fuentes del Derecho a la hora de determinar incluso sus principios más generales. A este respecto cabe recordar por ejemplo el caso belga, en que está generalmente reconocido el principio de oportunidad sin

³¹⁵ Art. 191.1 CP. Vid. Aguilera Morales, *El principio de consenso...*, op. cit., p. 248.

³¹⁶ En este sentido se debe traer a colación el tantas veces mencionado art. 105 LECr, que comienza diciendo: "Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada". Por ofrecer un contrapunto generalmente admitido como exponente del principio de oportunidad, el art. 40 del *Code de procédure pénale* francés comienza estableciendo que "Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner".

³¹⁷ Art. 124.1 CE: "El Ministerio Fiscal, [...] tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley [...]. Art. 124.2: "El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones [...] conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad".

³¹⁸ Comenzando por la propia Fiscalía General del Estado, a tenor del texto de sus instrucciones.

estar expresamente previsto por la ley, incluso contrariamente a lo establecido en ocasiones por la ley, pero con la fuerza que le da ser una práctica no discutida y reconocida por ejemplo por los tribunales³¹⁹.

En nuestro caso, no es ya que se dude sobre la compatibilidad de un principio general de legalidad con manifestaciones más o menos dudosas o concretas del principio de oportunidad, sino que es el alcance mismo del principio general lo que ha llegado a estar en duda. Entiéndase bien, pues: no es ya la discusión acerca de lo adecuado o no de introducir en mayor o en menor medida el principio de oportunidad lo que está en juego -sobre lo cual existen también evidentemente discrepancias importantes de fondo³²⁰-, sino la mera cuestión de saber si el ordenamiento vigente aquí y ahora lo hace posible³²¹. A ello no es seguramente ajeno el hecho de que el principio de legalidad o de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal se introdujera en España en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un modo un tanto sorprendente teniendo en cuenta el carácter principal de fuente de inspiración tradicional del modelo procesal penal francés, siguiéndose en este punto, pues, más bien las opciones alemana e italiana³²².

Frente a quienes oponen a la entrada de las manifestaciones del principio de oportunidad los preceptos generales procesales y constitucionales antes mencionados³²³, destacándose así en todo caso el obstáculo existente a este doble nivel normativo que consagra la necesidad en el

³¹⁹ Vid. sobre este caso el interesante artículo de Van de Kerchove, Michel, "Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public: aux confins de la légalité", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n^o 1, 1986, especialmente pp. 78-85 y 96 en lo que se refiere a las sugerentes reflexiones a que da lugar dicha curiosa situación en cuanto al protagonismo progresivo de tipos de regulación menos formalizados y obligatorios que la ley en un ámbito en el que precisamente domina el principio de legalidad, y cuya pertenencia a un sistema jurídico no se puede negar.

³²⁰ Y cuya claridad puede resultar mermada por el problema central apuntado en el texto. Piénsese que no es infrecuente oír hablar de la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso, como uno de los contenidos de las propuestas de la reforma de la justicia. Vid. por ejemplo García i Fontanet, Àngel, "¿Qué hacer con la justicia?", *La Vanguardia*, 11 setiembre 2000.

³²¹ Puede encontrarse una visión de conjunto de las muy variadas posiciones existentes en Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 192-193 y 202-204 y en Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pp. 454-463.

³²² Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 147-148, con cita de la importante obra de Gómez Orbaneja.

³²³ Vid. especialmente la exposición de De la Oliva Santos, en *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 10 y 22-27. Llega así a afirmar este autor que "no cabe dentro de nuestro marco constitucional atribuir al Ministerio Fiscal, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible según los criterios legales".

ejercicio de la acción penal³²⁴, se sitúan otros autores que consideran compatibles ambos elementos³²⁵. Pero también hay quien entiende que en realidad cabe incluir el mismo principio de oportunidad en el propio contenido del precepto que en general permite hablar del principio de legalidad (el art. 105 LECr), dado que no deja de mencionar, por ejemplo, "las acciones penales que consideren procedentes"³²⁶.

Ante todo ello creemos que se puede puntualizar lo siguiente.

En primer lugar, por lo que se refiere al nivel constitucional, hay que reconocer que resulta difícil extraer del art. 124 CE la regla de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la Constitución italiana³²⁷, ello no viene expresamente consagrado en nuestra Carta Magna y no resulta fácil extraerlo como única interpretación posible³²⁸, lo cual tiene unas indudables repercusiones normativas (jerarquía y rigidez) e interpretativas (fuerza expansiva del texto constitucional a la hora de interpretar las leyes)³²⁹. Tampoco el Tribunal Constitucional ha consagrado la obligación derivada del art. 124 CE de que el Ministerio Fiscal intervenga en todos los procesos penales sin excepción³³⁰.

Ahora bien, en segundo lugar también es difícil negar que el principio general presente en nuestra legislación procesal penal sea el de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Las posibles ambigüedades presentes en la redacción del art. 105 LECr no se pueden

³²⁴ Vid. Butrón Baliña, *La conformidad...*, op. cit., p. 63.

³²⁵ Nos recuerda Moreno Catena la siguiente opinión de Gimeno Sendra: "La vigencia del principio de legalidad no impide ni contradice la posibilidad de implantación de una oportunidad reglada en el proceso penal, sobre todo para la persecución de los delitos menos graves", en Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín y Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 1996, p. 233. Vid. también López López, Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 115 ss.

³²⁶ Vid. Conde-Pumpido Ferreiro, "El principio de legalidad...", op. cit., p. 31.

³²⁷ Art. 112: "Il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale". Vid. Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 13-14 y 126.

³²⁸ Díez-Picazo, "Il problema della discrezionalità...", op. cit., pp. 921-922. Vid. sin embargo un argumento en la línea opuesta basado sobre todo en la distinción entre los dos apartados del art. 124 CE en Butrón Baliña, *La conformidad...*, op. cit., pp. 58-59.

³²⁹ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 14.

³³⁰ STC 56/1994, de 24 de febrero, FJ 3: "la función atribuida al Ministerio Fiscal por la Constitución, de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y según la cual ejerce la acusación en los procesos penales, no implica necesariamente el deber constitucional (ni incluso legal) de ejercerla en todos los casos, incluso en aquellos en los que resulta atribuida facultativamente a la propia víctima". Esta sentencia tuvo lugar a raíz del planteamiento de varias cuestiones de inconstitucionalidad acerca de uno de los preceptos comentados anteriormente, el art. 969.II LECr, que permite (no fue declarado inconstitucional) en ciertos casos a los fiscales dejar de asistir a los juicios de faltas semipúblicas.

poner como obstáculo definitivo a ello puesto que, se convendrá, es necesario recurrir a otros preceptos que de acuerdo con una interpretación sistemática ayuden a extraer resultados más seguros. Y en la línea de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal apuntan varios otros preceptos, como los referidos a las causas de solicitud de sobreseimiento³³¹. Lo mismo cabe decir de las normas reguladoras del estatuto del Ministerio Fiscal³³².

Incluso en la jurisprudencia del TC se pueden encontrar reflejos de este principio legal, en la medida en que al caracterizarse el derecho que comporta el ejercicio de la acción penal, éste se concreta en obtener un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica de los hechos, dando una respuesta razonable y fundada en Derecho, interpretando y aplicando la ley penal³³³, sin atisbo alguno, pues, de razones de pura oportunidad. Inmediatamente hay que señalar, sin embargo, que todo ello va referido a la posición del juez en relación al ejercicio de la acción penal por parte de particulares y que no parece que pueda constituir un obstáculo a una interpretación constitucional favorable a la entrada del principio de oportunidad en general.

Las actuaciones que pudieran ir en la línea de introducir poderes de disposición de acuerdo con el principio de oportunidad deberían tener en cuenta, pues, la realidad legal comentada.

En tercer lugar, sin embargo, tampoco es fácil negar la presencia de una práctica generosa con la aplicación de varias manifestaciones del principio de oportunidad, por ejemplo

³³¹ Además de otros preceptos de carácter general que parecen apuntar también claramente al principio de legalidad, como el art. 100 LECr, que comienza disponiendo que "De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable". Vid. en ese sentido las puntualizaciones de Gimeno Sendra, en *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 57 y de Berzosa Francos, Victoria, "Principios del proceso", *Justicia*, 1992-III, p. 591.

³³² Podemos destacar estos fragmentos de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), además de la genérica defensa y sujeción expresa del principio de legalidad (arts. 1 y 2.1): al MF corresponde velar por el ejercicio eficaz de la función jurisdiccional "conforme a las leyes [...] ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes" (art. 3.1) y "ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda" (art. 3.4). "El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante" (art. 5.I, sin cambios tras la reforma de la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, de modificación del Estatuto). "Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan" (art. 6.I).

³³³ Vid. SSTC 157/1990, de 18 octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 diciembre, FJ 5; y 120/2000, de 10 mayo, FJ 4.

consistentes en hechos declarados falta que ocultan verdaderos delitos sobre todo en las imprudencias de tráfico o en archivos decretados en que subyace un desistimiento de la acción que en estricto acuerdo con la ley debería haber sido ejercida³³⁴. Memorias³³⁵, circulares³³⁶ e instrucciones³³⁷ de la fiscalía confirman el deseo de llevar a la práctica tendencias de actuación incluidas en el principio de oportunidad. Y no se cuestiona, en general, que a través de órdenes e instrucciones el Fiscal General del Estado y los fiscales jefes adoptan medidas de auténtica política criminal³³⁸. La jurisprudencia, por su parte, tampoco ha ahorrado referencias expresas al principio de oportunidad por ejemplo en relación a la conformidad del acusado³³⁹.

Finalmente, no cabe olvidar la presencia de una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa que contempla el recurso -se dispone que debería ser adoptado o extenderse su aplicación o prever medidas equivalentes en la finalidad según las situaciones de los respectivos Estados miembros- al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en el marco de los problemas de retraso y saturación de la administración de justicia penal³⁴⁰.

El panorama general resultante de la concurrencia de todos estos datos en los tres planos indicados ofrece una serie de aspectos mínimamente claros, pese a la sensación presente en algunos momentos de gran incertidumbre, posiblemente en gran parte gracias a la propia división en esos tres planos.

³³⁴ Lanzarote Martínez, "La oportunidad reglada...", op. cit., p. 181; Conde-Pumpido Ferreiro, "El principio de legalidad...", op. cit., p. 32.

³³⁵ Destaca Lanzarote Martínez la memoria de 1992 del Fiscal General del Estado, acerca de la crisis del principio de legalidad ("La oportunidad reglada...", op. cit., p. 184).

³³⁶ Es célebre en este ámbito la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988.

³³⁷ Por ejemplo la Instrucción 6/1992, de 22 de setiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma del proceso penal llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, comentada por Butrón Baliña, *La conformidad...*, op. cit., pp. 86-88, concretamente en lo que se refiere a la recepción del principio de oportunidad en cuanto a la posibilidad de no ejercitar la acción penal en los juicios de faltas semipúblicas.

³³⁸ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 166. También ha sido claramente reconocido, en el ámbito sancionador administrativo, que a través de circulares se opta por no perseguir ciertas conductas sancionables. Vid. un caso concreto en Picó Lorenzo, Celsa, "Arbitrariedad, oportunidad y buena fe en las sanciones por contratación ilegal de trabajadores extranjeros", *RGD*, julio-agosto 1993, p. 6841.

³³⁹ Vid. las referencias de Butrón Baliña, *La conformidad...*, op. cit., p. 93.

³⁴⁰ Recomendación nº 18 de 1987 adoptada el 17 de setiembre. A ella se remite mucho más recientemente la Recomendación nº 19 de 2000 a los estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal.

Resulta clara la existencia de unas normas vigentes que acogen supuestos que entran de modo claro en lo que se acostumbra a entender como manifestaciones del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, con independencia ahora de si se incluye la conformidad del acusado -si bien es cierto que ello haría variar cuantitativamente de forma importante el dato-. Resulta también bastante claro, que constitucionalmente es difícil entender que esté vedada cualquier entrada del principio de oportunidad en la regulación procesal penal. Y que el principio general de acuerdo con esta regulación, pese a la presencia de algún término que podría fundamentar interpretaciones más amplias de lo que inicialmente parece claro, es el del ejercicio obligatorio de la acción penal, que sin embargo no parece que sea imposible excepcionar. Ahora bien, la legitimidad de ello dependerá de una correcta identificación de sus razones de ser y de un diseño adecuado de sus límites o condiciones de ejercicio, como se ha adelantado, lo cual nos sitúa en una línea de análisis paralela al plantear la vigencia de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, menos pretenciosa y más matizada. En esta línea habrá que tener en cuenta la virtualidad explicativa de la denominada *oportunidad reglada*.

B. Argumentos esgrimidos en favor de la aplicación del *principio de oportunidad*

En todo el debate que ha tenido lugar y que sigue teniendo lugar en nuestro proceso penal acerca de la conveniencia o no o de la legitimidad o no de la introducción o presencia de manifestaciones del llamado principio de oportunidad es especialmente relevante destacar los argumentos que se han manejado para tratar de explicar su aplicación necesaria. Hablamos de *argumentos* en la medida en que en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos dicho, el principio general vigente legalmente es el del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, y por tanto todo lo que se refiere a razonar a favor de la aplicación del principio de oportunidad, al menos a nivel de planteamiento general, ha tenido y tiene un sentido de propuesta. Ahora bien, ha de quedar claro que no sólo se trata de argumentos para una propuesta de algo distinto a lo que de modo general existe, sino que también hablamos de razones de ser, causas o justificaciones de algo que ha existido y existe, dado que, por un lado, como hemos visto, no dejan de estar presentes manifestaciones concretas en nuestro Derecho vigente, y que, por otro lado, es habitual por parte de la doctrina traer aquí a colación la referencia a los motivos o causas presentes en la adopción del principio de

oportunidad o de sus manifestaciones en otros ordenamientos jurídicos en los que en los últimos años el debate también ha sido intenso³⁴¹. Es por ello que, por otra parte, puede resultar especialmente útil y práctico hacer las oportunas remisiones doctrinales sobre esta cuestión de la exposición de los argumentos o razones de la aplicación del principio de oportunidad a obras que precisamente han tenido presente la perspectiva del Derecho comparado³⁴². Ello no debe impedir reconocer que trasladar principios o fórmulas concretas de un Derecho a otro es una operación ante la que siempre hay que adoptar muchas cautelas. El hecho de que a continuación hagamos hincapié en los argumentos sustantivos, de alguna forma comunes a más de un país, no debe, pues, para no malograr sus utilidades, ocultar que la vigencia de un principio determinado, normalmente va ligado a toda una serie compleja de elementos del entorno jurídico que hacen peligroso tocarlo sin tener en cuenta este factor de contexto. En nuestro caso, ello ocurre con el principio de legalidad o de oportunidad en relación a la configuración misma del proceso en cada ordenamiento y de factores como la concepción de la intervención del Ministerio Fiscal o de la acusación en general. A ello haremos referencia más completa al hablar, en este mismo capítulo, de la aplicación de los principios penales al ámbito sancionador administrativo y de los límites de la discrecionalidad por razón de los sujetos, ya en el capítulo V.

El contenido de todos los argumentos, causas o razones de la aplicación o vigencia del principio de oportunidad y de sus manifestaciones es importante, ni que decir tiene, desde el momento en que será el que permitirá, viendo cuál es su anclaje constitucional y en los principios generales vigentes en nuestro Derecho, establecer en definitiva la medida de su legitimidad y vigencia.

³⁴¹ Así, por ejemplo, cabe destacar el caso reciente en Francia de la modificación del proceso penal acogiendo diversas fórmulas de alternativas a la acción penal y de composición a través de la Ley nº 99-515, de 23 junio 1999, "renforçant l'efficacité de la procédure pénale". Vid. Gherardi, Éric, "Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales", *RFDA*, 5/1999, p. 906. Por no hablar de todo el debate, inacabado, generado en torno al proyecto de Ley relativo a la acción pública en materia penal y que implica entre otras cosas todo el esquema de relaciones entre Ministerio de Justicia y fiscales. Vid. en concreto sobre el problema de las instrucciones del Ministro de Justicia, Pauner Chulvi, Cristina, "El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica", *Poder Judicial*, nº 55, 1999, pp. 199-203.

³⁴² Concretaremos las referencias en las obras de Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit. y de Rodríguez García, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. Mientras la primera se centra en el análisis del caso alemán, la segunda abarca los casos estadounidense, italiano y portugués.

También hay que aclarar con carácter previo que vamos a incluir entre las razones a comentar las que han ido apareciendo a propósito de la institución de la conformidad y sus equivalentes en otros ordenamientos, dado que la doctrina mayoritariamente³⁴³, como hemos visto, conecta conformidad y oportunidad y dado que ambos ofrecen elementos comunes difíciles de obviar por encima de una pretensión más teórica de determinar si estrictamente la conformidad pertenece o no a la esencia del principio de oportunidad.

Veamos, pues, cuáles son las razones manejadas. Lo primero que hay que indicar es que son plurales y diversas. Es decir, que concurre un número importante de razones, formuladas con más o menos intensidad, y lo son de tipos distintos. Con lo cual será necesario agruparlas, establecer en definitiva una clasificación, no tanto por un afán meramente sistemático en la exposición como porque ello deberá ayudar, esperemos, a extraer conclusiones relevantes en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Eso quiere decir que la clasificación que vamos a proponer, que por supuesto no es la única posible, se verá inevitablemente condicionada por esta perspectiva. Viendo el conjunto de razones existentes, hemos establecido los siguientes grupos (que naturalmente no es fácil que dejen de estar interrelacionados³⁴⁴, cuestión que intentaremos evidenciar mediante la determinación del orden sucesivo de exposición).

1. Razones relativas a las características de la normativa penal sustantiva y que pueden ser estudiadas desde la teoría de la norma. Elementos de distinto signo que van desde destacar la frecuente ambigüedad de las normas³⁴⁵ hasta su excesiva severidad³⁴⁶, pasando por la conveniencia de tener en cuenta su fin³⁴⁷, y que inciden de un modo u otro en los presupuestos de la adopción del principio de oportunidad. Elementos relevantes pero que sin duda quedan algo eclipsados por un fenómeno tan condicionante como la amplitud de las normas, la

³⁴³ De modo muy claro, en relación a la obra de Rodríguez García, lo enuncia María del Carmen Calvo Sánchez en su prólogo (*La justicia penal negociada...*, op. cit., p. 13).

³⁴⁴ Lo cual facilita que sea posible reconducir la pluralidad de razones a divisiones más sencillas que la que aquí seguiremos, como la consistente en distinguir entre justificaciones derivadas del argumento de las implicaciones políticas y del argumento económico: Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 17-20.

³⁴⁵ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., p. 63.

³⁴⁶ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., pp. 64, 72 y 97.

³⁴⁷ En el sentido de "valorar si el hecho, a pesar de haber infringido un precepto penal, no atenta contra aquello que se pretendía proteger mediante dicha norma": Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 63.

hipertrofia del Derecho Penal³⁴⁸. Es difícil de imaginar cuál sería la configuración exacta del contexto propiciador de la toma de decisiones a la hora de introducir, aplicar o justificar el principio de oportunidad sin la concurrencia de este factor, que por sí solo deja fácilmente intuir las consecuencias difíciles de asumir de una aplicación estricta del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, sobre todo en conexión con otros factores que mencionaremos. La abundancia, acumulación y complejidad de las normas punitivas, factores mencionados en el capítulo II, tienen aquí, pues, una clara traducción práctica en las preguntas centrales de nuestro trabajo.

2. Razones relativas a los problemas de funcionamiento padecidos por la Administración de justicia, que potencian las dificultades a que puede dar lugar un sistema basado estrictamente en el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y que ya podían ser intuitivos en el nivel anterior. Los problemas en términos de coste y tiempo³⁴⁹ del desarrollo de los procesos penales ante la presencia de cualquier indicio de acción delictiva y punible constituyen uno de los motivos recurrentes a la hora de plantear la necesidad de dar lugar a mecanismos más ágiles que suponen de un modo u otro la entrada de criterios de oportunidad. Debe pensarse que por ejemplo la institución de la conformidad del acusado, además de suponer en sí misma una apelación de fórmulas de simplificación del proceso, han ido normalmente asociadas, al menos en sus manifestaciones más recientes y discutidas en nuestro ordenamiento, a los procedimientos abreviados. La situación de colapso de la justicia, una vez más, íntimamente ligada a la realidad de la hipertrofia del Derecho Penal y al dato paralelo del elevado índice de criminalidad, que hace casi imposible pretender desarrollar un proceso en cada caso en que haya indicios suficientes para ello, ocupa un lugar muy relevante entre las razones más comentadas³⁵⁰. Especialmente, una vez más, si se conecta con otro factor condicionante de gran relevancia, a saber, el carácter limitado de los recursos -humanos, técnicos, económicos- disponibles³⁵¹. Aspecto respecto al cual, si bien es cierto que nunca se debe dejar de estar atentos a utilidades fáciles e interesadas³⁵², caben pocas dudas de su importancia a la hora de condicionar la perspectiva de temas como el que estamos abordando.

³⁴⁸ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 219-220.

³⁴⁹ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., pp. 32-33, 120.

³⁵⁰ Vid. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 64, 66.

³⁵¹ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., pp. 113, 120.

³⁵² En ese sentido, creemos que es imprescindible la línea de reflexión apuntada por Mercedes García Arán, concretamente al hilo de los problemas prácticos, muy remarcados incluso a nivel de medios de comunicación,

Todo ello conlleva en definitiva la necesidad de seleccionar a la hora de utilizar los recursos disponibles³⁵³.

3. Razones relacionadas con exigencias derivadas de un punto de vista criminológico y de política criminal, y específicamente dirigidas a ofrecer un tratamiento más satisfactorio a la criminalidad menor, que se considera debe ser convenientemente tratada por separado, dados sus rasgos específicos³⁵⁴. Los datos de la simplificación en el marco de procedimientos abreviados, y del elevado índice de criminalidad ya hacían intuir que el objeto preferente de referencia sería el de los delitos menos graves, lo cual también tiene que ver con los límites legales en cuanto a la entidad de la pena impuestos a la aplicación de la conformidad del acusado. Se debería tratar, no tanto de restar relevancia a este tipo de delincuencia, lo cual podría a su vez ser objeto de importantes objeciones³⁵⁵, como de encontrar los mecanismos adecuados para tratarla con más eficacia, celeridad y permitiendo a la vez prescindir de los efectos estigmatizantes del juicio ordinario, dado que en general se tiende a considerar menor la peligrosidad, la reprochabilidad y la alarma social generada en estos casos³⁵⁶. Los objetivos de conseguir de forma más adecuada la rehabilitación de los autores de los delitos y de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, subyacen, pues, también a toda esta cuestión³⁵⁷, todo lo cual no es ajeno tampoco a la pretensión de individualizar la justicia, teniendo en cuenta, pues, las circunstancias del caso particular³⁵⁸,

4. Razones relacionadas también con el punto de vista de la política criminal pero desde una perspectiva más general que intenta extraer todas las consecuencias de su naturaleza

de aplicación especialmente de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: "¿Problema de medios o de fines?", *El País*, 14 enero 2001. La necesidad de no ocultar tras el problema acuciante de la falta de medios materiales los grandes temas de fondo relativos a la justicia -independencia, responsabilidad...- y que deberían ser en un sistema democrático objeto de una escrupulosa atención por encima de intereses partidistas constituye en efecto una cuestión sobre la que habrá que emplear no poca pedagogía y voluntad política. La importancia de una práctica que consolide estilos y concepciones respetuosas con las exigencias de un sistema democrático, por encima incluso del concreto éxito o no de propuestas de reforma constitucionales queda claramente reflejada en el artículo de Cécile Prieur, "Justice, le temps de l'autocritique", en *Le Monde* de 21 marzo 2001.

³⁵³ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., pp. 62, 113, 121, 234.

³⁵⁴ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., pp. 220, 233, 234, 244.

³⁵⁵ Por cuanto asociar lo que es susceptible de ser valorado como escasamente reprochable con algo carente de relevancia socialmente olvidaría que precisamente este tipo de criminalidad es el que afecta en mayor medida a la mayoría de los ciudadanos, además del interés de la víctima: Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 195. Vid. también Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., p. 234.

³⁵⁶ Vid. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 105-122.

³⁵⁷ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 195.

³⁵⁸ Rodríguez García, *La justicia penal negociada...*, op. cit., p. 113.

precisamente política. Naturaleza política, pues, de la apreciación de la oportunidad de la acción penal³⁵⁹ que responde al contenido de las políticas penales o de la política criminal, que en definitiva consiste, a distintos niveles, en determinar prioridades³⁶⁰, incluyendo la adaptación a las realidades regionales o locales, y que queda claramente formulada allí donde se parte del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Volveremos, dada su importancia, sobre este tema más adelante.

5. Razones relacionadas con los modos diversos de dar respuesta al fenómeno delictivo. Se trataría en este caso de hacer ver la idoneidad de satisfacer el interés en la persecución a través de ciertas conductas o mandatos (prestaciones para reparar daños causados por el hecho, prestaciones útiles públicamente...) que puedan resultar una alternativa a la aplicación estricta de la pena³⁶¹, lo cual a su vez enlaza con otra de las tendencias relevantes en los últimos años de los debates de política criminal, como es la de conseguir una adecuada y pronta reparación de la víctima³⁶². Asimismo esta perspectiva se puede conectar con los casos de delitos perseguibles mediante acción privada, en los que el Estado manifiesta de algún modo un interés relativo, aunque posible en ciertos casos, en la persecución de unos delitos que por su naturaleza se entiende que debe depender más de la iniciativa de los sujetos perjudicados³⁶³.

6. Razones relacionadas con los intereses concurrentes dignos de protección. Ha sido uno de los argumentos más utilizados en la explicación e introducción del principio de oportunidad el de poner de relieve que, dada la escasa reprochabilidad de las conductas anteriormente indicada, no concurre un interés público que justifique su persecución de acuerdo con una aplicación estricta del principio de legalidad en el ejercicio de la acción

³⁵⁹ Lemesle y Pansier, *Le procureur...*, op. cit., p. 35.

³⁶⁰ Angibaud, *Le Parquet*, op. cit., p. 121.

³⁶¹ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 47, 105-106 y 123-138.

³⁶² Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 194. Este tipo de orientaciones ocupan sin duda uno de los puntos clave en el desarrollo de algunas de las últimas reformas legislativas, como es el caso de la mencionada anteriormente ley francesa de 23 junio 1999, cuyo primer artículo comienza disponiendo, al reformar el art. 41-1 del *Code de procédure pénale*, y como condición a todas las variantes establecidas de alternativas a la acción penal, que "s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits [...]". Vid. algún problema de fondo planteado por la relación entre oportunidad y reparación en Queralt, Joan J., "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1996, pp. 149-150.

³⁶³ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 90-92.

penal³⁶⁴. Supuestos de falta de interés público o concurrencia de un interés público mínimo que se pueden ver complementados por supuestos de concurrencia de un interés contrapuesto y de mayor peso al de la persecución, que pueden ir desde intereses políticos hasta el supuesto del chantaje³⁶⁵ que hemos visto que recoge nuestro Código Penal vigente.

Estos son, pues, los argumentos, justificaciones o razones esgrimidas y existentes para la aplicación o introducción del principio de oportunidad en sus diversas manifestaciones. No es difícil observar a primera vista que muchos de ellos ofrecen destacados puntos de interés para el Derecho Administrativo Sancionador. En efecto, si dejamos de lado la cuestión indudablemente más propiamente penal de los efectos estigmatizantes del juicio ordinario y criminógenos de las penas cortas privativas de libertad³⁶⁶, prácticamente todos los elementos argumentales enunciados encuentran un paralelismo en el ámbito de la actividad administrativa sancionadora. Y un paralelismo, diríamos, incluso cualificado en ciertos casos. Así, de entrada parece que la nota del menor reproche hacia las conductas generadoras de posible sanción es consustancial a la tipificación de una acción como infracción administrativa y no como delito³⁶⁷, pese a que la diversidad en el primer bloque no es fácil de obviar. Sobre la ambigüedad, amplitud e hipertrofia de las normas sancionadoras y las carencias o escaseces de medios, con todo lo que ello conlleva, ya poco podemos añadir también. Lo mismo cabe recordar en relación a la concurrencia de medidas alternativas y los problemas de delimitación de las categorías a que a menudo van asociadas; sobre ellas tendremos ocasión de volver. Y no parece que pueda haber duda tampoco de que la concurrencia y la ponderación de intereses diversos y contrapuestos tenga lugar también de forma cualificada en las actuaciones administrativas³⁶⁸.

³⁶⁴ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 46, 54, 194. Vid. también, singularmente sobre los problemas de interpretación del concepto de *falta de interés público en la persecución*, pp. 110-112.

³⁶⁵ Vid. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 47-48 y 92-104.

³⁶⁶ Recordemos la regla fundamental del art. 25.3 CE: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

³⁶⁷ Sobre la relación íntima entre las soluciones de Derecho Administrativo y la criminalidad de bagatela "propia o independiente" [que no son subespecies de delitos leves] con las consecuencias que ello conlleva en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad, resulta especialmente útil la experiencia alemana: Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 31-33.

³⁶⁸ Es en este sentido sintomático el título del libro de José M^a Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, donde se tratan cuestiones tan relevantes como los conceptos a ponderar, los sujetos que lo deben hacer o el papel de los fines de la norma. Tendremos ocasión de volver sobre alguno de estos temas.

Suficientes elementos de paralelismo, pues, como para tomarse en serio los elementos de debate del ámbito del proceso penal.

C. Límites presentes en la aplicación del *principio de oportunidad*. La *oportunidad reglada*

Al hablar de la vigencia en ciertos ordenamientos del principio de oportunidad y sobre todo de su incorporación en el contexto de un ordenamiento que contempla como principio general el de legalidad en el ejercicio de la acción penal, se suele poner el énfasis en que la oportunidad que se comenta no es una oportunidad pura sino reglada o condicionada³⁶⁹. La idea de la necesaria justificación y de la presencia de criterios concretos que permitan orientar y controlar una decisión de no ejercicio de la potestad sancionadora basada en razones de oportunidad se puede expresar de muchas formas, pero en cualquier caso acompaña siempre al comentario del principio de oportunidad. Lo hace en el caso de las sanciones administrativas en aquellos ordenamientos en que expresamente está prevista esta regla de oportunidad, como es el caso de Alemania³⁷⁰, y lo hace en el ámbito del Derecho Penal, donde ha hecho especial fortuna la expresión *oportunidad reglada*.

Con esta expresión lo que se pretende es designar el "hecho de que las propias normas positivas establezcan un ámbito determinado, en el que puede operar el principio de oportunidad, o sometan su virtualidad a determinados presupuestos, requisitos o condiciones"³⁷¹. Esto es lo que, según se ha argumentado, distingue la oportunidad "libre o discrecional", supuesto en que los casos de abstención en el ejercicio de la acción penal se deja a la decisión del titular de la facultad, de la "reglada, codificada, disciplinada o normada", en una dualidad en la que resulta de todo punto rechazable la primera y por tanto de obligado acogimiento la segunda³⁷².

³⁶⁹ Que es lo que haría compatible la oportunidad con la legalidad, en la línea de distinguir principio de legalidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. Vid. ampliamente Flores Prada, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 558 ss. Vid. también Robert, Jacques-Henri, "Les aspects de droit pénal de la dispense", *Droits*, nº 25, 1997, p. 92.

³⁷⁰ Vid. Nieto García, Alejandro, *Derecho...*, op. cit., p. 143.

³⁷¹ De la Oliva Santos, en *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 22.

³⁷² Lanzarote Martínez, "La oportunidad reglada...", op. cit., pp. 182-183.

A menudo la doctrina no ha acogido esta expresión con demasiado entusiasmo, no ya sólo desde un punto de vista terminológico, desde el que se ha hablado de una "contradicción en sus propios términos"³⁷³, o simplemente de una "expresión errónea"³⁷⁴, ya que, se viene a aclarar, no es la oportunidad la que se somete en sí misma a una regla, sino que lo que se regula es un ámbito objetivo o unos requisitos o presupuestos³⁷⁵, sino también desde perspectivas más sustantivas.

La primera hace hincapié en lo dudosa que resulta la pretensión de utilizar la expresión *oportunidad reglada* para obviar las críticas que se han formulado contra el principio de oportunidad. Se argumenta, así, desde una perspectiva crítica de fondo de este principio, que se pretende, con el adjetivo "reglada" llegar a presentar la aplicación del principio de oportunidad como algo cuyas condiciones fija la ley y que por tanto no excepciona el principio de legalidad sino que constituye una variedad del mismo. Lo cual es criticado desde este punto de vista crítico en el sentido de que con esa argucia no se pueden subsanar las posibles quiebras planteadas al principio de legalidad³⁷⁶.

Pero es la segunda la que ofrece más interés sustancial para el objeto de nuestra tesis. Se ha dicho que la expresión *oportunidad reglada* constituye la importación inadecuada de elaboraciones doctrinales del Derecho Administrativo. Subyace a esta conclusión la convicción de que, dados los presupuestos constitucionales y dada la dimensión de los intereses en juego, la vinculación del Ministerio Fiscal a la legalidad es mucho más exigente que en el caso de la Administración Pública, en que el sometimiento a la ley presenta "modulaciones propias" que derivan de su "peculiar dinámica de actuación" (presencia de elementos reglados y discrecionales en las potestades que ejercen) y de la presencia de criterios técnicos de valoración³⁷⁷.

Creemos que este segundo tipo de reflexión es necesaria, dado que, en definitiva, y como tendremos ocasión de ver con más detalle, hablar de oportunidad (reglada) y por tanto

³⁷³ Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 211. Esta misma autora añade que, en contra de lo que se ha llegado a decir, en Alemania no se ha utilizado dicha expresión.

³⁷⁴ De la Oliva Santos, en *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 22. Vid. un resumen de estas críticas terminológicas en Lanzarote Martínez, "La oportunidad reglada...", op. cit., p. 182.

³⁷⁵ De la Oliva Santos, en *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 22.

³⁷⁶ Es la opinión de Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 210-211.

³⁷⁷ Es la opinión nuevamente de Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., p. 211. Vid. también pp. 184-187.

de unos límites impuestos desde una sede determinada a observar por parte de otros sujetos determinados, es hablar de la diversa posición constitucional de los diversos poderes. No en vano queda claro al formularse el significado de esta noción de *oportunidad reglada* que se trata del establecimiento de unos requisitos desde una norma de carácter general, y en primer lugar desde la ley, con todo lo que eso conlleva. Es por tanto, no sólo viable sino necesario, tratar de analizar con cuidado la posición de cada poder o institución en este caso en relación a esos límites legales previamente establecidos para evitar, por ejemplo, paralelismos equivocados o poco útiles. Ahora bien, dicho esto, ello no debe impedir observar, en nuestra opinión, que, desde el momento en que se trata de analizar una dinámica que se establece entre una norma general y un órgano aplicador, sea el Ministerio Fiscal, sea la Administración Pública, existen elementos inevitablemente en común a la reflexión sobre la posición de esas dos instituciones. Lo cual no prejuzga que no vaya a haber diferencia alguna entre ambas, pero sí que sugiere claramente la existencia de elementos básicos comunes. Y en ese sentido no habrá que perder de vista que en cualquier operación de aplicación del Derecho, se hallan implicadas operaciones de valoración de hechos y de interpretación de normas, normas que difícilmente proporcionan respuestas unívocas a múltiples preguntas, lo cual da como resultado la presencia de inevitables márgenes de apreciación. Y si bien es cierto que ello a lo que da lugar no es tanto a la posibilidad de elegir por puras razones de oportunidad (discrecionalidad política) como a un margen de opción interpretativa (discrecionalidad técnica)³⁷⁸, creemos que ya es un dato suficientemente ilustrativo de esa base común y que además ésta sigue estando presente en cuanto a la discrecionalidad política. No ya porque resulte a veces complicado precisar la línea divisoria en relación a la discrecionalidad técnica³⁷⁹, sino porque lo que en ella está en juego es la tensión entre "la aplicación rigurosa e imparcial de la ley" y la toma de opciones que necesariamente implica una política pública como la política criminal³⁸⁰. Tipos de cuestiones en las que lo más normal es que se acabe imponiendo una dinámica de límites por encima de los dos extremos posibles, y en la que por tanto factores como la presencia de elementos reglados y discrecionales parece consustancial y de esta manera difíciles de ser negados en todo lo que no tenga que ver estrictamente con las Administraciones Públicas. Es por ello que entendemos que, más allá de los posibles problemas terminológicos, el contenido

³⁷⁸ Siguiendo así la esclarecedora exposición de Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 15-17.

³⁷⁹ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 16.

³⁸⁰ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 26-29.

de lo que se quiere expresar con la noción de *oportunidad reglada* ofrece, destacando con fuerza la importancia y el papel de la presencia de límites predeterminados por la ley a la hora de ejercer la acción penal con criterios de oportunidad, elementos aprovechables, dado que en cualquier ámbito, cuando de lo que se trata es de un margen de apreciación según líneas políticas de decisión, es necesario fijar un cuadro completo y coherente de límites. Dada la importancia de este aspecto, al que se dedicará el capítulo quinto, será en ese momento cuando haremos referencia a esos concretos límites presentes en el debate sobre la denominada *oportunidad reglada*, o, más en general, sobre los límites a las actuaciones, por ejemplo el archivo de las actuaciones³⁸¹, en el ejercicio de la acción penal basadas en apreciaciones según criterios de oportunidad.

2. La interacción entre el mecanismo sancionador penal y administrativo: su consideración como factor de respuesta ponderada

Una vez que han sido situados los elementos que mayor interés nos han suscitado en la discusión acerca de la legalidad y la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, resulta necesario concretar un poco más la cuestión, ya antes apuntada, de su traslación al ámbito de las sanciones administrativas. Para ello, hemos creído que en primer lugar puede ser especialmente esclarecedora una visión dinámica que ponga de manifiesto la realidad institucional tal como se desarrolla, en obligado y permanente contacto, y no en compartimentos estancos. No es nada anormal que ello suceda, e incluso se puede considerar lo habitual. En nuestro caso, además, la inflación, por no decir hipertrofia, de los ordenamientos punitivos, tanto del penal como del administrativo sancionador, hace que las ocasiones para ese contacto crezcan continuamente. Y no precisamente de una forma siempre clara. Si una concurrencia en la actuación de diferentes instituciones es siempre posible fuente de problemas y conflictos, y, en esa medida, una prueba para la capacidad organizativa del Derecho, lo cierto es que en este caso ese potencial de fuente de problemas se actualiza constantemente, y a menudo no sin una dosis importante de paradoja.

³⁸¹ Vid. en el caso de Francia, sobre la importancia de esos "contrapoderes" al *classement sans suite*, como son la acción de la víctima o la acción del Ministerio de Justicia, por todos, Angibaud, *Le Parquet*, op. cit., pp. 61-64 y Levasseur, Georges; Chavanne, Albert; Montreuil, Jean y Bouloc, Bernard, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, París, 1999, pp. 199-202.

Así pues, unas reflexiones sobre las relaciones entre el Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y el principio *non bis in idem* pueden resultar en esa línea interesantes para extraer datos relevantes en la relación entre los dos planos, el procesal penal y el administrativo.

A. *Non bis in idem*. Planteamientos globales tempranos, desarrollos problemáticos

Pensemos, en efecto, en un principio tan conocido como el *non bis in idem*. Pocos principios pueden parecer derivar tan directamente del sentido de la justicia como el de que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho. Nuestro Tribunal Constitucional se apresuró así a fundamentar su anclaje constitucional a pesar de su no presencia explícita en el texto constitucional³⁸² y a formular la regla de la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial³⁸³. Y sin embargo, pocos principios también han dado lugar a los quebraderos de cabeza que ha generado éste. De hecho, lo cierto es que tan importante desde el punto de vista de las garantías del ciudadano es su respeto, como cuantiosas e inquietantes son las dudas a resolver aún en su desarrollo, problemas graves sobre cuya persistencia alguna doctrina ya ha alertado³⁸⁴. Seguramente no pocos prejuicios y puertas cerradas en falso jalonan el devenir de este principio tan importante, reproduciéndose a través de las interrelaciones existentes entre legislador, jurisprudencia y doctrina. Los problemas y las paradojas en la aplicación del principio *non bis in idem* siguen así ocupando un lugar relevante.

Varias circunstancias y datos posibilitan la realización de esta afirmación. Sirva como ejemplo sintomático simplemente el siguiente dato: durante el ejercicio de 1999, el fundamento jurídico en el que se basaron la mayor parte de revisiones judiciales estimatorias de sanciones impuestas por la CNMV fue la apreciación por parte de los tribunales de la concurrencia del principio *non bis in idem*, ordenando las sentencias retrotraer las actuaciones

³⁸² STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4.

³⁸³ STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3.

³⁸⁴ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 398-455. Señala este autor, por ejemplo, que, en relación a la incidencia de una sentencia penal absolutoria sobre la posterior resolución administrativa, "forzoso es reconocer que en este punto se encuentra situado el Derecho Administrativo Sancionador español en la misma situación que ocupaba hace cincuenta años y que no ha alterado un ápice los planteamientos del Derecho francés tempranamente importados por nosotros" (p. 434).

administrativas al momento anterior a la imposición de la sanción a la espera de que se produjera la resolución judicial firme³⁸⁵. Por tanto, la rotundidad o presunta claridad con que a menudo se presenta esta regla no es incompatible, como se ve, con un relevante índice de conflictividad jurídica creada por su aplicación o no aplicación.

Tampoco es incompatible con la aparición de alguna sentencia del Tribunal Constitucional que, casi veinte años después de las iniciales formulaciones concernientes al principio comentado, parecen suponer reinterpretaciones o relativizaciones que obligan a pensar de nuevo todo el edificio construido, en todo lo que se refiere a la prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal³⁸⁶.

Por otra parte, no son pocas ni irrelevantes las paradojas a que dan lugar ciertas disfunciones en la aplicación del principio que comentamos. Señalaremos, simplemente, dos casos.

El primero se refiere a los supuestos en que las sanciones administrativas resultan de más contundencia que las penales. En este caso, el respeto de la máxima según la cual la sanción penal excluye la administrativa puede revestir caracteres de sarcasmo, dado que "para lo que sirve la condena criminal es, en el fondo, para garantizar la inmunidad del infractor"³⁸⁷.

³⁸⁵ Extraemos el dato de la *Memoria 1999* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, p. 87.

³⁸⁶ Nos referimos al caso de la STC 177/1999, de 11 de octubre, que establece el carácter secundario de la regla de la prioridad del pronunciamiento del órgano penal frente a la relevancia prevalente del aspecto material del principio *non bis in idem*, esto es, el derecho a no ser sancionado dos veces (en este caso, pues, sanción penal y administrativa) por unos mismos hechos (FFJJ 2-5). En un sentido similar, la STC 152/2001, de 2 de julio. Vid. el comentario crítico de la primera sentencia, en el doble sentido de entender anulable la primera sanción (administrativa) (vid. anteriormente una línea similar de opinión en De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 549-550) y de discutir que en su supuesto de hecho la sanción administrativa contemplara el desvalor contenido en el Código Penal, de Marina Jalvo, Belén, "*Non bis in idem* y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre)", *REDA*. n° 108, 2000, especialmente pp. 609 y 612-617. Son asimismo críticas las consideraciones contenidas en el voto particular de la sentencia. En cambio ni considera que haya un giro real en la jurisprudencia constitucional ni se muestra crítico con la sentencia el detallado comentario de Muñoz Lorente, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Ecoiuris, La Ley, Madrid, 2001, pp. 31 ss.

Vid., con bastante anterioridad, sobre las posibilidades interpretativas y las aplicaciones jurisprudenciales del puro criterio cronológico que deriva de este primer plano ofrecido al aspecto material del principio, Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 424.

³⁸⁷ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 430.

Cierto es que en este caso los problemas seguramente no se pueden achacar a la formulación misma del *non bis in idem*, sino que encuentran su origen en cuestiones previas de racionalización del ordenamiento jurídico.

El segundo deriva de la que ya se ha expuesto por parte de la doctrina como lamentable falta de previsión por parte del ordenamiento jurídico de adecuadas normas de comunicación en las dos direcciones entre los órganos que intervienen en el proceso penal y los que intervienen en el procedimiento administrativo. Concretamente se ha destacado que, tras la obligatoria puesta en conocimiento por parte de los órganos administrativos al Ministerio Fiscal u órgano judicial correspondiente de los hechos que pudieran tener trascendencia penal, y comprobado que tal hecho no reviste tal trascendencia, no existe la imposición legal debida de la obligación de remitir las actuaciones a los órganos administrativos para depurar las responsabilidades administrativas derivadas de la existencia posible de una infracción administrativa³⁸⁸. Lo cual ha generado resultados injustos de impunidad por ejemplo en materia de tráfico³⁸⁹.

Por todo ello, siendo problemático uno de los aspectos centrales de las relaciones entre los ámbitos penal y sancionador administrativo (aunque el principio *non bis in idem* afecte también a relaciones entre actuaciones en cada uno de esos niveles, lo cual hace aumentar su complejidad) parece clara la necesidad de continuar con una reflexión renovada sobre estos aspectos que trate de evitar prejuicios de todo tipo y que intente no cerrar puertas en falso. Evidentemente esa sería una tarea que superaría ampliamente las pretensiones y el objeto de este trabajo, pero creemos que pueden formar parte de ella algunos puntos que aquí mencionaremos con una cierta relevancia para la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora.

³⁸⁸ A pesar de que el art. 7.1 del Reglamento estatal del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por R.D. 1398/1993, de 4 de agosto) (REPEPS) habla de la solicitud al órgano judicial por parte de los órganos administrativos de la comunicación sobre las actuaciones adoptadas de modo que parece obligatoria. En cualquier caso, se trata con toda probabilidad de un campo en el que cabe estar especialmente atento a los problemas prácticos de aplicación de unas reglas elementales para un funcionamiento coordinado y coherente de las instituciones implicadas. Vid. sobre los problemas de esta previsión Garberí Llobregat, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 499.

³⁸⁹ De León Villalba, *Acumulación de sanciones...*, op. cit., pp. 551-553. Son interesantes también las referencias que hace a diversas circulares e instrucciones también en el orden social sobre este tipo de problemas.

Sus conexiones, por ejemplo, con los problemas planteados por el principio *non bis in idem*, pueden ser varias. Una muy directa ha sido destacada por Nieto, pero precisamente no en el círculo de problemas a que da lugar la relación entre autoridades del proceso penal y del procedimiento administrativo, sino en el seno de este último. Concretamente a propósito del supuesto en que existen dos normas tipificadoras concurrentes dentro del ordenamiento administrativo sin que para poder elegir la aplicable sea posible la aplicación de los criterios de especialidad, subsidiaridad y alternatividad. Caso en el que Nieto entiende que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal, el conflicto debe resolverse con la combinación de los criterios de voluntad y cronología; siendo el criterio cronológico (imposibilidad de tener lugar la segunda sanción una vez tiene lugar el primer pronunciamiento) una directa consecuencia de la voluntad de la Administración, que es la que decide qué expediente inicia y cuándo³⁹⁰.

Se trata de una perspectiva interesante que pone de manifiesto las conexiones importantes y quizá insospechadas entre el principio *non bis in idem* y la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora. Pero creemos que puede quedar aquí simplemente señalada, puesto que en definitiva su viabilidad depende de los argumentos generales que se manejen sobre los fundamentos y los límites de tal discrecionalidad, lo que constituye el fondo de nuestro trabajo³⁹¹.

B. La transmisión de los hechos con posible trascendencia penal por parte de los órganos administrativos a la autoridad competente. Obligaciones y matices

Centrándonos, pues, en la cuestión de las relaciones entre el ámbito procesal penal y sancionador administrativo, cabe aquí recuperar en un primer plano las cuestiones planteadas a ese nivel por el principio *non bis in idem* y en general por las relaciones entre los órganos que intervienen en un procedimiento administrativo y los que lo hacen en un proceso penal. Y para ello resulta especialmente útil, a los efectos de la ponderación de las respuestas a la que nos

³⁹⁰ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 444.

³⁹¹ De hecho, el propio Nieto realiza esta remisión a los argumentos generales: "[...] el criterio aplicable debe ser el cronológico, consecuencia directa de la voluntad de la Administración (que es la que decide qué y cuándo empieza y termina el ejercicio de la potestad), la cual es, a su vez, consecuencia de la oportunidad del ejercicio de la potestad sancionadora (examinada ya en el capítulo tercero): la Administración decide si persigue o no, si sanciona o no; y la circunstancia de haber sancionado una vez ya implica que ha de renunciar a sanciones posteriores" (*Derecho...*, op. cit., p. 444).

referíamos en el título general de este apartado 2, la toma en consideración del tema de las actuaciones a seguir por parte de los órganos administrativos en presencia de un hecho de posible trascendencia penal. Ello permite ver con el prisma de la interacción que nos ocupa cuestiones relevantes para la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora.

a Los términos de la obligación de denuncia de los órganos administrativos

a.1 En nuestro ordenamiento

No cabe duda de que, como corolario del principio *non bis in idem* tal como se ha ido configurando, y de manera en este caso reiterada por nuestro Derecho positivo, ante la posibilidad de que una infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo debe dar traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones, suspendiéndose el procedimiento administrativo y con subordinación en su caso al pronunciamiento penal³⁹². Los términos obligatorios con que se formula esta actuación de la Administración hacia las autoridades intervinientes en el proceso penal no parece dar lugar a dudas. Lo mismo se desprende de la norma general aplicable desde el punto de vista de la regulación en sede procesal penal de la obligación de la denuncia³⁹³.

Esta relación en términos de obligatoriedad automática y subordinación por parte de los órganos administrativos ha sido susceptible de algún planteamiento matizador tanto en un ámbito general como sectorial.

Desde una perspectiva general, si atendemos a la regulación contenida en el REPEPS (art. 7) se observará que se distingue el momento de la obligación de comunicación al Ministerio Fiscal de los hechos de la de suspensión del procedimiento. En el primer caso la

³⁹² Vid. con carácter general el art. 7 REPEPS. La normativa sectorial que recoge, con más o menos matices, este régimen, es muy abundante: vid. por ejemplo el art. 94.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

³⁹³ Art. 262.I LECr.: "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante", incurriendo si no es así en la multa prevista en el art. 259. En el apartado IV se dispone que "Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo". Vid. también Garberí Llobregat, *El procedimiento...*, op. cit., p. 497.

causa es la "estimación" por parte del órgano administrativo de que los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal y en el segundo la estimación de la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal, una vez recibida la comunicación del órgano judicial sobre las actuaciones adoptadas. En todo caso, pues, se observa una mediación de la estimación que realice el órgano administrativo³⁹⁴, sin que, a la hora de tener que suspender el procedimiento, hayan faltado críticas sobre la necesidad de la concurrencia de las tres identidades y no por sí sola la fáctica³⁹⁵.

Es desde alguna perspectiva sectorial, sin embargo, donde se ha puesto de manifiesto de forma especialmente interesante, la presencia de matizaciones a un entendimiento rígido y automático de la vertiente procesal del principio *non bis in idem*. En particular, aunque el ámbito potencialmente afectado por este tipo de planteamientos puede ser amplio debido a la actual importancia cuantitativa de casos en que concurre la protección de normas administrativas sancionadoras y penales, nos referiremos brevemente a supuestos que tienen en común el protagonismo central del organismo regulador del mercado de valores, la CNMV. La obligación de los funcionarios de esta entidad de suspender el procedimiento y transmitir los hechos que pudieran tener trascendencia penal a las autoridades correspondientes³⁹⁶, de

³⁹⁴ Se ha explicitado así que si los órganos administrativos "no entienden que puede existir delito en los hechos que califican como infracción bursátil, no parece que deban poner en conocimiento de los órganos judiciales dichos hechos": Fuertes López, Mercedes, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 301. Sobre los límites del margen de apreciación en la fundamentación del juicio sobre la presencia de indicios de delito en el ámbito tributario, puede verse Ramírez Gómez, Salvador, *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario (Aspectos sustantivos y procedimentales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 134-140. Y en el ámbito social, Del Rey Guanter, Salvador, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 237.

³⁹⁵ Garberí Llobregat, *El procedimiento...*, op. cit., p. 501.

³⁹⁶ La ley en este caso, a pesar de comenzar diciendo que "El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal", sigue disponiendo que "cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento": art. 96 Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores (LMV). Obsérvese que en este artículo no se señala expresamente lo que debe suceder cuando la autoridad administrativa tenga conocimiento de unos hechos que pueden tener trascendencia penal, con la obligación de transmitir los hechos al Ministerio Fiscal derivada de las exigencias procesales del *non bis in idem* con carácter general. Piénsese, sobre la aplicabilidad de la norma general, que el R.D. 2119/1993, de 3 de diciembre, que regula las especialidades del procedimiento para el ejercicio de las potestades sancionadoras atribuidas entre otras por la LMV, no contiene entre dichas especialidades ninguna disposición referida al *non bis in idem*, y el propio art. 1.3 de la mencionada disposición establece la aplicación supletoria del REPEPS. Además, si bien la redacción del art. 96

acuerdo con el contenido dado al principio *non bis in idem* ha sido, no obstante, relativizado por cuanto se ha estimado, a nivel de proyectos legislativos y de interpretaciones doctrinales, adecuada una condición de procedibilidad o una especie de prejudicialidad. Condición consistente en entender precisamente que sería más acorde con la seguridad jurídica exigir la conclusión del expediente administrativo sancionador (con abstención de imponer la sanción) iniciado en este caso por la CNMV para poder proceder criminalmente por la conducta realizada. A nivel de proyecto legislativo, esta fórmula tuvo lugar en relación al delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores (*insider trading*, hoy recogido en el art. 285 CP)³⁹⁷ y a nivel doctrinal, en relación al peculiar caso del delito de impedimento de las actuaciones inspectoras o supervisoras en los mercados sujetos a supervisión administrativa (art. 294 CP)³⁹⁸.

Las razones sustantivas que se encuentran en la base de esta técnica propuesta tienen que ver con el protagonismo de los especialistas en el mercado de valores, que además contempla unas características muy particulares en su funcionamiento psicológico³⁹⁹, a la hora de instruir los expedientes sancionadores. No se encuentra lógico, por lo demás, que cualquier componente del personal inspector de la autoridad administrativa, ante la apreciación de la posible relevancia penal de los hechos en el curso de sus actuaciones de inspección o supervisión tenga que llevarlos inmediatamente a conocimiento de la jurisdicción penal, suspendiéndose así una vía administrativa en que además no es infrecuente que la competencia final para imponer las sanciones más graves corresponda al Ministerio de Economía o incluso

LMV no es explícita sobre la cuestión, lo cual también permite ciertas interpretaciones flexibilizadoras que enseguida veremos, también hay que tener en cuenta la redacción de otras leyes sectoriales similares en cuanto a la importancia de las actividades de inspección y supervisión de la Administración. Y así, mientras el art. 2 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (LDIEC), repite el tenor literal visto de la LMV, en el caso de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP) el art. 47.1 añade inicialmente el supuesto de "cuando se considere que los hechos pudieran ser constitutivos de delito y se hubieran puesto en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal".

³⁹⁷ Vid. especialmente Gómez Iniesta, Diego José, *La utilización abusiva...*, op. cit., pp. 459-461. No en vano en su momento se defendieron posturas contrarias a la penalización de este supuesto, con argumentos muy plausibles, centrados en gran parte en la mayor idoneidad para las investigaciones del organismo administrativo. Vid. Rubio de Casas, María Gracia, "Contra la penalización", *El País*, 28 noviembre 1996.

³⁹⁸ Martínez Ruiz, Jesús, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 299-309.

³⁹⁹ Vid. Gómez Iniesta, *La utilización...*, op. cit., p. 460 y Martínez Ruiz, *La tutela jurídico-penal...*, op. cit., p. 299.

al Consejo de Ministros. Lo cual lleva a considerar viable una vía interpretativa consistente en establecer la procedencia de concluir la vía administrativa antes de dar traslado de los hechos a la jurisdicción penal, en una flexibilización del entendimiento de la vertiente procesal del principio *non bis in idem*⁴⁰⁰. Siendo cierto que tampoco han faltado visiones críticas de esta interpretación⁴⁰¹ hay sin embargo unanimidad en reconocer el papel central de la CNMV en su ejercicio de potestades inspectoras conectado con el conocimiento en primer término de la existencia de los hechos con relevancia penal, y el carácter esencial de esa actividad inspectora en la investigación y prueba de los delitos en cuestión⁴⁰². Ello implica sin duda una cierta condición de "filtro administrativo" en las acciones penales contra tales delitos⁴⁰³. Lo cual nos llevará directamente a introducir en el apartado b.2 la importante cuestión de la centralización de las actuaciones por parte de determinadas entidades administrativas.

La relevancia de estos aspectos sobre la cierta relativización de la vertiente procesal del principio *non bis in idem* en lo que se refiere a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora se verá más clara, pues, en ese momento. Pero ya de entrada queda claro que en general la superposición de ilícitos penales y administrativos "otorga *de facto* a la Administración un *poder de selección* de los comportamientos que se sancionarán de una u otra sede"⁴⁰⁴. Y la jurisprudencia constitucional ya ha extraído las consecuencias oportunas, en términos de facultad administrativa de poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o hacer uso de las facultades disciplinarias propias, del carácter genérico de las incriminaciones⁴⁰⁵.

a.2 El caso francés

Es útil dirigir por un momento la vista al ejemplo del Derecho francés para estudiar la relevancia de la interacción entre el mecanismo sancionador administrativo y penal tratándose

⁴⁰⁰ Es la propuesta de Martínez Ruiz, en la obra citada anteriormente.

⁴⁰¹ Es el caso de Gómez Iniesta en la obra antes citada.

⁴⁰² Vid. Gómez Iniesta, *La utilización...*, op. cit., p. 461.

⁴⁰³ Gómez Iniesta, *La utilización...*, op. cit., p. 461.

⁴⁰⁴ Bacigalupo, Enrique, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991, p. 57.

⁴⁰⁵ STC 50/1983, de 14 de junio, FJ 1.

de un ordenamiento que reconoce como principio general el de la oportunidad del ejercicio de la acción penal⁴⁰⁶.

En correlación con la vigencia indiscutida de este principio, es cierto que en una línea jurisprudencial consolidada desde hace años⁴⁰⁷, así como en prácticas seguidas por las instituciones⁴⁰⁸, se ha aplicado dicha regla con naturalidad a la opción de las autoridades administrativas de transmitir los hechos con posible trascendencia penal a las autoridades competentes. En la base de tal opción se encuentra un factor sobre cuya importancia ya nos hemos pronunciado en el capítulo II y volveremos a ver en el IV: la disponibilidad de diversos medios para obtener la aplicación de la ley.

La condición de "filtro" en la persecución de infracciones penales en ámbitos de intensa supervisión administrativa vuelve a estar presente relativizando así también reglas de obligación estricta de comunicación de los hechos al Ministerio Fiscal. Así, por ejemplo, en el sector audiovisual⁴⁰⁹ se han llegado a precisar las reglas⁴¹⁰ en un doble sentido que aquí nos interesa especialmente. En primer lugar en el sentido de la conveniencia de que el Ministerio Fiscal no tome ninguna iniciativa antes de ser oficialmente requerido por la autoridad administrativa⁴¹¹. En segundo lugar, en el sentido de posibilitar la preferencia por parte de ésta

⁴⁰⁶ Sobre la justificación general del recurso al caso del Derecho francés en este trabajo, efectuaremos unas consideraciones más amplias en el apartado IV.1. En este momento, además del dato señalado, cabe sólo añadir que en el contexto jurídico francés cabe tener en cuenta que en determinadas materias especiales, funcionarios de ciertas administraciones juegan el rol del Ministerio Fiscal. Así, el art. 1.I del Código procesal penal dispone que "L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi". Destaca especialmente este dato de la presencia de funcionarios en el proceso penal y su efecto de eficacia en el sistema de articulación entre los tribunales penales y la Administración, en nuestra doctrina, Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho Administrativo I...*, op. cit., p. 496.

⁴⁰⁷ Son especialmente claras las sentencias del *Conseil d'État* y sus conclusiones del *commissaire du gouvernement*, de 7 mayo 1971 (*Sastre*) y de 20 marzo 1974 (*Navarra*).

⁴⁰⁸ Es el caso por ejemplo de la circular del Ministerio de Justicia de 27 setiembre 1989 (publicada en el *Journal Officiel de la République française* de 21 octubre 1989) dirigida a los fiscales y relativa a la aplicación de la ley relativa a la libertad de comunicación, que precisa varias reglas que ponen en contacto la autoridad independiente en materia audiovisual, el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA), con el Ministerio Fiscal (apartados I y II).

⁴⁰⁹ Donde el art. 42-11 de la Ley de libertad de comunicación, redactado por la Ley 89-25, de 17 enero 1989, establece que "Le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit le procureur de la République de toute infraction aux dispositions de la présente loi".

⁴¹⁰ En la circular del Ministerio de Justicia antes indicada.

⁴¹¹ "S'il est alors juridiquement possible pour le ministère public, dès réception de ces procès-verbaux, de diligenter une enquête et d'engager des poursuites -la loi de 1986 ne subordonnant, que ce soit dans sa version antérieure à la modification de 1989 ou dans sa version actuelle, la mise en mouvement de l'action publique à

de medidas administrativas, en los casos en que están así establecidas, sobre el sometimiento al Ministerio Fiscal del ejercicio de la acción penal, casos en que puede proceder, si la situación es de regularización tras tales medidas, la transmisión al fiscal del deseo de no entablar acciones penales con el correspondiente archivo de las actuaciones⁴¹².

Sin embargo, la evolución en Francia de la cuestión de la discrecionalidad en la transmisión por parte de órganos administrativos de los hechos al Ministerio Fiscal ha estado y está sometida a variaciones legislativas y jurisprudenciales⁴¹³ de diverso signo que hacen muy difícil establecer reglas generales. Ya hace veinte años se puso de manifiesto que tanto a nivel legal (en los ámbitos urbanístico y fiscal) como jurisprudencial el principio de oportunidad de la acción sancionadora, en muchas ocasiones consistente en la libertad de transmitir las actuaciones al fiscal, viene perdiendo intensidad⁴¹⁴.

En esta evolución cabe destacar un eslabón reciente, el constituido por la sentencia del *Conseil d'État* de 27 octubre 1999 (*Solana*) y muy especialmente, una vez más, las conclusiones del *commissaire du gouvernement*, Jean-Denis Combrexelle⁴¹⁵. En ellas, se intenta articular una respuesta matizada, teniendo en cuenta los antecedentes en la materia, a la cuestión de si es o no discrecional la opción de transmitir los hechos al Ministerio Fiscal,

aucune condition particulière- il conviendra cependant, pour des raisons d'opportunité exposées en II, que les parquets ne prennent aucune initiative avant d'être officiellement saisis par le CSA " (apartado I).

⁴¹² "[...] hors l'hypothèse des stations émettant sans aucune autorisation (qui relèvent exclusivement de l'action pénale et ne peuvent, par nature, faire l'objet de sanctions administratives), le CSA dispose, en cas de non-respect par un service de radiodiffusion autorisé, des obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires, même lorsque ce non-respect constitue une infraction pénale, d'un arsenal gradué de mesures ou de sanctions qui vont de la mise en demeure au retrait de l'autorisation, en passant par la suspension ou la réduction de l'autorisation.

Aussi, lorsqu'une infraction est commise par une station autorisée, en fonction de la gravité de celle-ci et sauf en cas d'urgence [...], le CSA peut-il préférer recourir d'abord à l'une de ces mesures et subordonner à leur éventuel échec sa décision de saisir le ministère public d'une demande de poursuites. Il peut notamment [...] délivrer une mise en demeure aux dirigeants des stations autorisées émettant irrégulièrement en leur donnant un délai, qui peut varier de quelques jours à plusieurs mois selon le cas, pour régulariser leur situation.

[...]

[...] lorsque, après cette mise en demeure [...] les responsables de la station en cause auront régularisé leur situation, le CSA en avisera le parquet compétent en précisant qu'il ne souhaite pas que des poursuites pénales soient engagés, et il vous appartiendra alors de classer sans suite cette procédure" (apartado II).

⁴¹³ Se ha podido decir que en la evolución reciente del tema "il existe un nouvel aménagement des relations entre les poursuites pénales et administratives", dando lugar a varios sistemas en sus relaciones: Dellis, *Droit Pénal et Droit Administratif...*, op. cit., p. 25.

⁴¹⁴ Vid., con un gráfico título, el trabajo de Thouroude, Jean-Jacques, "Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites?", *Gazette du Palais*, 2º semestre 1981.

⁴¹⁵ Publicadas en la *RFDA* 4/2000, pp. 825-832.

partiendo no sólo de las normas sectoriales como la citada anteriormente (y en este caso la relativa a la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, CNIL)⁴¹⁶, sino recuperando también el tenor obligatorio del art. 40.II del *Code de procédure pénale*⁴¹⁷. Se parte de la inviabilidad de una libertad total de actuación en este tema, pero inmediatamente se matiza también que no es viable pensar en una obligación de las administraciones de transmitir sistemáticamente todas las denuncias recibidas, por poco serias que sean, al fiscal. En la necesidad de encontrar un equilibrio, se encuentra un punto de apoyo de inestimable valor en la expresión utilizada por el mencionado art. 40 del Código procesal penal, que habla de "autoridad constituida", refiriéndose así a una autoridad en ejercicio de atribuciones definidas por las normas. De modo que la obligación de denuncia debe ser conciliada con el ejercicio de las atribuciones legales y reglamentarias de la Administración o de la autoridad en cuestión. De ahí que, frente a una inviable obligación de transmisión automática y ciega, la autoridad administrativa deba examinar el expediente en ejercicio de sus competencias, lo cual implica "l'exercice d'un pouvoir minimum d'appréciation", un ejercicio, en cierto modo, responsable, de las competencias. Ejercicio que, siendo en todo caso necesaria la compatibilización de las normas sectoriales con el art. 40 del Código de proceso penal, excepto en los casos concretos de eliminación de esta norma general⁴¹⁸, se distingue de lo que es estrictamente el poder de apreciar la oportunidad de la acción penal del que dispone el Ministerio Fiscal⁴¹⁹. Se postula

⁴¹⁶ Art. 21 de la Ley 78-17, de 6 enero 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades: "Pour l'exercice de sa mission de contrôle, la commission: [...] 4° Adresse aux intéressés des avertissements et dénonce au parquet les infractions dont elle a connaissance, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale". Por otra parte, sobre la presencia muy anterior de leyes imponiendo este tipo de obligaciones y la imposición de su respeto por parte de la jurisprudencia, vid. la sentencia del Consejo de Estado de 11 enero 1935 (*Colombino*).

⁴¹⁷ "Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs".

⁴¹⁸ Vid. el apartado VII de las conclusiones.

⁴¹⁹ "Ainsi l'autorité administrative doit exercer pleinement sa compétence, dans le cadre de l'article 40, mais le pouvoir d'appréciation qui en découle ne doit pas, sous le contrôle du juge administratif, dénaturer la portée de l'obligation imposée par l'article 40 du code de procédure pénale et ne doit en aucun cas être confondu avec le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites pénales dont dispose le ministère public" (apartado VIII de las conclusiones).

Curiosamente, una sentencia penal de la Cour de Cassation muy cercana en el tiempo, de 3 febrero 1998, establece, en relación a la misma CNIL, que ésta "dispose du pouvoir d'apprécier la suite à donner aux plaintes qui lui sont adressées". Vid. el comentario crítico, apoyado ya en algún precedente del *Conseil d'État* que empezaba a poner límites en el año 1997 también en relación a la CNIL, y poniendo énfasis en la necesidad de no confundir la independencia de la autoridad administrativa en cuestión respecto a la Administración tradicional

un margen de análisis de la autoridad administrativa, relativo a la materialidad de los hechos, a su gravedad y a su calificación penal, tras el cual, habiendo sido, pues, informada de hechos suficientemente establecidos que se refieren a su campo competencial y que, según su apreciación, presentan un carácter de relevancia penal, se concluye en la obligación de denunciar tales hechos siguiendo la regla general establecida en la ley procesal penal⁴²⁰.

Esta vía de matización por la que parece que deberá transitar definitivamente la evolución del tema en Francia muestra cómo este tipo de cuestiones son poco dadas a respuestas unívocas y unitarias. Es por ello que se ha creído oportuno precisamente recurrir a este aspecto de la interacción sancionadora entre los ámbitos penal y administrativo para encontrar un factor de respuesta ponderada. Ni en un sistema como el francés, de indiscutida vigencia general del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, se encuentran respuestas definitivas en cuanto a la obligación de denuncia de las autoridades administrativas. E incluso la respuesta que se va perfilando permite precisamente deslindar ambos aspectos, aunque manteniendo márgenes de apreciación en el ejercicio de las competencias de las administraciones. Y todo ello, cabe remarcarlo, como se ha visto, en un contexto de valorización de los elementos institucionales de las funciones administrativas en la interpretación de normas procesales penales.

Elementos que al ofrecer aspectos comunes con los presentes en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha tenido ocasión de mencionar, permite pensar en la convergencia hacia situaciones con aspectos comunes partiendo de principios distintos, al menos en tanto en cuanto está vigente como principio general en nuestro proceso penal la legalidad de la acción punitiva.

b. La relevancia de la capacidad centralizadora de información de ciertas administraciones

Para finalizar este apartado sobre las interacciones entre lo sancionador administrativo y penal es necesario realizar una referencia a un factor cuya relevancia ya se ha podido intuir al hablar de la presencia del filtro administrativo que supone la intervención de ciertas

con la referida a la misma ley, Gassin, Raymond, nota a la mencionada sentencia, *Recueil Dalloz* 1998, p. 445.

⁴²⁰ Vid. el apartado IX de las conclusiones.

autoridades en ciertos sectores en cuanto a la persecución penal de infracciones. Su visión ayuda a entender el fondo de ciertos problemas expuestos con motivo del desarrollo del principio *non bis in idem*. Cabe mencionarlo aquí, aunque, hay que decirlo, su comprensión será más fácil al término de las explicaciones del capítulo IV sobre la posición institucional de las llamadas *Administraciones Independientes* (AAII), tomando también como campo de análisis privilegiado el del Derecho francés. Ya que seguramente es sobre este tipo concreto de administraciones, aunque quizá no exclusivamente, sobre el que se proyecta este enfoque. Con bastante probabilidad no es casual que hasta aquí los ejemplos más relevantes que han ido apareciendo se refieren a este tipo de administraciones (CNMV en España, CSA y CNIL en Francia). La idea de la presencia de un "filtro administrativo" interpuesto ante la persecución penal ligada con las AAII ha tenido un ejemplo muy gráfico en Francia a propósito de la creación misma de la *Commission des infractions fiscales*, autoridad independiente cuya opinión vincula al Ministro de finanzas a la hora de decidir la persecución penal de fraudes al fisco⁴²¹.

La característica de la centralización de informaciones enlaza con la posibilidad de decidir sobre el inicio de las actuaciones sancionadoras en el marco general de la misión de las AAII de velar por el buen funcionamiento del sector regulado⁴²² y está en la base de fenómenos reales de exclusión de una sanción penal procedente⁴²³. Este aspecto podría incluso

⁴²¹ Art. L. 228 del *Code Général des Impôts*.

⁴²² "Autorités spécialement instituées par la loi pour réguler un secteur d'activité, les autorités administratives indépendantes sont les entités incontournables de la répression des manquements. Fortes de cette position, elles sont le point de convergence des saisines. En centralisant ainsi les sources d'information, elles ont toute capacité de décider de l'opportunité de la poursuite. Elles sont les organes incontournables de déclenchement de l'enquête": Lefebvre, José, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, tesis, Amiens, 1997, p. 243.

"[...] l'autorité administrative indépendante, organe centralisateur du déclenchement des poursuites, se dessine comme une autorité de police spécialisée disposant d'une grande liberté d'action" (p. 254).

Vid. con más detalle el desarrollo y las especificidades de esta cuestión en las pp. 243 ss.

⁴²³ En un típico caso de concurrencia de sanciones administrativas y penales en el Derecho francés, el del ámbito bursátil, puede ocurrir perfectamente que cuando la sanción ha sido impuesta por la autoridad administrativa (independiente también, la *Commission des opérations de bourse*, COB) en su cantidad máxima posible, al imputarse sobre la multa penal -aplicando así el principio de proporcionalidad y así, de hecho, también del *non bis in idem*- se excluya enteramente la sanción penal. "Et considérant que la sanction administrative sera presque toujours la première imposée, étant donné que le pouvoir de constatation des infractions dans ce domaine, appartient aux agents de la COB -le Procureur de la République n'étant pas le premier informé-, les sanctions administratives imposées par la COB, ôteront toujours un certain "pourcentage" répressif de la sanction (pécuniaire) pénale, si elles ne lui ôtent pas le pouvoir répressif tout entier": Sykiotou-Androulakis, Athanassia, *Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative*,

llegar a hacer posible hablar de una actuación con margen de apreciación en casos de AAI sin poder directo para sancionar pero con la posibilidad de invitar a las autoridades competentes a hacerlo⁴²⁴,

No hay que perder de vista que las AAI ponen en contacto a través de una pluralidad y diversidad destacables de mecanismos de interacción, influencia, condicionamiento, etc., las redes de sanción penales con otras redes estatales de sanción, como ha desarrollado Delmas-Marty. Resultando a veces de ello una transferencia, de derecho o de hecho, de la decisión de perseguir las infracciones del Ministerio Público a la Administración, siendo así que en ciertos sectores donde la ley no ha reconocido a la Administración el monopolio de las acciones sancionadoras, es excepcional que un proceso penal sea iniciado de una forma que no sea a partir de la transmisión del expediente por parte de la Administración, observándose un "glissement en politique criminelle de la variante pénale à la variante administrative"⁴²⁵.

Mediante la disposición, pues, de todos los medios por parte de las AAI, sean de origen propio (por ejemplo a través de la existencia de servicios de inspección especializada en la búsqueda y la vigilancia permanente de las actividades bursátiles en el caso de la COB francesa) o de informaciones aportadas por terceros (en su momento haremos referencia a los sujetos que pueden dirigirse a las diferentes AAI francesas), estas autoridades cubren -lo cual no quiere decir, evidentemente, que monopolicen todas las intervenciones en el sector, dado que como veremos, no se puede evitar la concurrencia de otros poderes públicos- toda la actividad sectorial⁴²⁶. Lo cual facilita, teniendo en cuenta también la falta de disposiciones legislativas precisas (tal como veremos que argumenta el *Conseil d'État*, y a pesar de las limitaciones que ha establecido el Consejo Constitucional y recientes reformas legislativas), la atribución de la apreciación de las actuaciones a tomar por parte de estas autoridades⁴²⁷.

Sakkoulas/Bruylant, Atenas-Bruselas, 1997, p. 163.

⁴²⁴ Así, en el octavo informe de la *Commission pour la transparence financière de la vie politique* (publicado en el *Journal Officiel de la République Française* de 25 marzo 1999) se puede leer que "La Commission n'a pas cru devoir inviter les autorités compétentes à engager des procédures de sanction d'une règle dont elle ne pouvait contrôler le respect que de manière aléatoire".

⁴²⁵ Hay que pensar que el papel centralizador de estas entidades va más allá de la actividad aplicadora de la ley, llegando a la influencia en modificaciones legislativas de política criminal. Vid. sobre este aspecto y sobre las reflexiones más generales indicadas en el texto, con más detalle, Delmas-Marty, Mireille, *Le flou du droit*, PUF, París, 1986, pp. 237-240 y *Les grands systèmes...*, op. cit., pp. 19, 98-100, 155-157 y 282.

⁴²⁶ Vid. Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., pp. 247-248.

⁴²⁷ Vid. Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., pp. 248 ss.

Naturalmente que, en la línea de conclusiones adelantadas anteriormente, ante la complejidad de la cuestión (confluencia de legislaciones de muy distinto origen y tipo, de diversas líneas jurisprudenciales, de contextos institucionales cambiantes, etc.) las respuestas deben ser matizadas. Y, en este sentido, asociar de manera simplista la centralidad creciente de ciertos tipos de autoridades administrativas con una actuación libre a la hora de filtrar la persecución sancionadora administrativa y penal, es, como hemos visto, de todo punto exagerado. Precisamente la creación de una de las AAI antes indicadas, la Commission des infractions fiscales, tuvo su razón de ser en reducir y enmarcar el poder de apreciación discrecional del que disponía la Administración para decidir la persecución penal del fraude fiscal⁴²⁸.

Además, ya con carácter general, no podemos olvidar que si es cierto que la centralización informativa de las AAI parece ir en la línea de la libre apreciación, no menos cierto es un argumento para apuntar en la línea exactamente contraria, en la de considerar reglada su actuación. Consiste este argumento en reparar precisamente en la especial posición que ocupan estas autoridades, que interviniendo en ámbitos complejos y técnicos donde el particular, a falta de informaciones, está especialmente desproveído para interponer directamente una demanda, son a menudo las únicas en conocer la infracción en el ejercicio de sus funciones de control y así con capacidad de poderlas denunciar⁴²⁹.

Una muestra más, pues, de la ponderación a la que en todo caso lleva la consideración de la interacción entre los mecanismos sancionadores administrativo y penal en el contexto de las recientes evoluciones institucionales. Precisamente es la entrada en este particular mundo del contexto institucional de las Administraciones Públicas de modo más general el que nos debe permitir, en el siguiente epígrafe, detectar las claves principales para el debate del fundamento y los límites de la discrecionalidad en el ejercicio ya de la acción sancionadora administrativa.

⁴²⁸ Vid. Gentot, Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, París, 1994, pp. 143-144.

⁴²⁹ Argumento que aparece en el punto VI de las conclusiones del *commissaire du gouvernement* de la sentencia del *Conseil d'État* citada en el anterior epígrafe de 27 octubre 1999.

3. Factores y condicionamientos del paso del Derecho Penal al ámbito sancionador administrativo

Hemos atendido hasta ahora a claves que nos han parecido relevantes en el ámbito penal y en la interacción de éste con el sancionador administrativo. Y hemos visto que nada más irreal o irresponsable puede haber que trasladar automáticamente las soluciones de un ámbito de actuación a otro. Es por ello que, alertados por esa necesaria ponderación en las respuestas que anunciábamos en el título del anterior apartado, debemos proceder con especial cuidado a la hora de empezar a responder a la pregunta sobre los términos del paso del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador en la cuestión que nos ocupa: ¿qué hay que tener en cuenta al pasar del régimen vigente del ejercicio de la acción penal al ámbito sancionador administrativo? ¿Qué peculiaridades, en definitiva, pueden estar presentes ya en el estricto ámbito de las sanciones administrativas a la hora de aplicar los principios penales en este tema?

A. Consideraciones generales sobre las particularidades de la aplicación en este punto de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador.

Como es bien sabido, el núcleo central del proceso legal, jurisprudencial y doctrinal de construcción y delimitación de un poder sancionador en manos de la Administración respetuoso con los derechos de los ciudadanos ha consistido en la traslación o aplicación de principios penales, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. O al menos ésa ha sido la presentación preponderante del fenómeno.

A la hora de valorar el peso real de esta aplicación y su fundamento y límites seguramente hay que saber separar dos planos, el del desarrollo jurídico concreto de cada ordenamiento y su entorno doctrinal en particular, y el que podríamos denominar de las esencias o naturalezas. El problema es que ambos pueden mezclarse o confundirse en el estudio del fenómeno. Por ejemplo, en el caso de nuestro ordenamiento, es evidente que a pesar de que pueden apuntarse peculiaridades sustanciales en las sanciones impuestas por la Administración, ello no ha impedido un recurso masivo a los instrumentos del Derecho Penal, seguramente en gran parte debido al mayor desarrollo dogmático tradicional de esta parcela y

a las carencias importantes en el ámbito sancionador administrativo, de ahí el protagonismo de esta técnica en la jurisprudencia del TS y del TC⁴³⁰. Precisamente la constatación de este tipo de distinciones ha permitido ya que se empiecen a formular presentaciones alternativas a la mera aplicación de los principios del Derecho Penal, postulándose la necesidad de ir hacia un sistema autónomo en el marco del Derecho público estatal y el Derecho Administrativo, como es bien conocido, por el profesor Nieto⁴³¹.

Pero, ¿es el desarrollo de tal tipo de procesos absolutamente arbitrario, como podría llegar a sugerir esta línea de reflexión? Para saberlo, tenemos que ser capaces de enunciar un doble conjunto de indicaciones. El primero, relativo a las particularidades del paso del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador por lo que se refiere a la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción punitiva. El segundo, relativo a unos cuantos puntos con vocación de ser compartidos y que ayuden a encontrar respuestas en lo que se refiere a los fundamentos y límites de la mencionada aplicación al ámbito sancionador administrativo de los principios penales.

Vayamos ahora con el primero. ¿Cuáles son las peculiaridades que se pueden detectar en el planteamiento, ya se ha visto que espinoso en sí mismo, de la cuestión de la aplicación de los principios penales en cuanto al dualismo entre el principio de legalidad y oportunidad en el ejercicio de la acción penal? Fundamentalmente podemos indicar dos:

1. Como ya hemos visto al exponer algunos rasgos de la discusión penal, en este punto no se puede decir precisamente que haya una regla única y clara identificable antes de su posible aplicación a las sanciones administrativas. Hay diversos sistemas vigentes que otorgan un diverso papel a la legalidad y a la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, aunque es también constatable la existencia de puntos comunes ante la inviabilidad de aplicar uno u otro principio con carácter absoluto. Y en el caso español, si bien se parte de la vigencia general del principio de legalidad, ya se ha visto también que no faltan matices importantes y discusiones de fondo sobre lo más profundo de la justificación de los citados principios.

⁴³⁰ Hay que recordar aquí la emblemática y archirepetida formulación contenida en el FJ 2 de la STC 18/1981, de 8 de junio: "[...] ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado [...]".

⁴³¹ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 22-23; 28-29; 81.

Esto pone de manifiesto algo que no deja de resultar un poco desconcertante o inquietante para el ánimo del jurista, que trata de establecer fundamentos y límites en conexión con las realidades institucionales: tampoco existen, al menos en esta parcela, relaciones necesarias entre instituciones y soluciones concretas en cuanto a sus principios de actuación. Principios radicalmente diferentes se encuentran vigentes en un mismo tiempo en diversos espacios, en un mismo espacio en diversos tiempos, e incluso, en un mismo espacio y tiempo⁴³² si se tiene en cuenta por ejemplo la falta de correspondencia no infrecuente entre planteamientos teóricos y prácticas vigentes. No habrá otro remedio, pues, que centrarse especialmente en las circunstancias concretas del aquí y ahora si no se quiere dispersar indebidamente la discusión, lo cual, por otra parte, no es nada novedoso.

2. La ambigüedad también preside la cuestión de la aplicación de los principios penales desde el punto de vista de las garantías del ciudadano. Si está claro que la aplicación de muchos principios y técnicas perfilados en el ámbito penalista -por ejemplo, las reglas de la tipicidad o de la culpabilidad- tienen una clara intención y repercusión en clave de aumento o refuerzo de las garantías del sujeto sancionado, ¿es posible decir lo mismo del principio de legalidad o de oportunidad? Aunque pueda parecer que inicialmente el primero de ellos comporta una dosis mayor de respeto de las garantías, ya hemos visto que países poco sospechosos desde esa perspectiva adoptan el segundo como principio general en el proceso penal, lo cual evidencia que una vez más todo dependerá de la forma concreta, de las condiciones, las garantías, la práctica, etc. con que se diseñe y aplique el sistema, además del contexto jurídico de cada país. No se debe confundir, por tanto, esta ambigüedad con la negación de que el diseño del ejercicio de la acción punitiva repercute en el núcleo de las relaciones entre Estado y ciudadano⁴³³. Todo lo contrario, es precisamente la necesidad de ir más allá de un principio general y descender a las condiciones concretas de aplicación, lo que muestra la relevancia de esta perspectiva.

Esta ambigüedad se complementa además con la complejidad que comporta resolver los términos adecuados de la aplicación de los principios penales en esta materia, puesto que lo está en juego es, no ya por ejemplo la tensión entre eficacia y garantías a propósito de la

⁴³² Especialmente útil es la lectura, desde un punto de vista histórico y comparado, en este punto, de Mathias, Éric, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS Droit, París, 1999.

⁴³³ Vid. Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 115.

aplicación o dosificación de una concreta técnica, sino el propio sentido general de la potestad administrativa sancionadora frente al Derecho Penal. ¿En qué deberían consistir aquí los *matices* en la aplicación de los principios del orden penal? Todo ello, en definitiva, debe llevar a obtener alguna respuesta a la pregunta básica: ¿dado un sistema vigente, el que sea, en cuanto al ejercicio de la acción punitiva en Derecho Penal, debe ser el mismo el vigente en el ámbito de las sanciones administrativas? Debemos, pues, ensayar alguna respuesta a esta pregunta.

B. Del régimen del ejercicio de la acción penal al de la potestad sancionadora. En particular, los elementos comunes

Debemos comenzar con la enunciación que se había anticipado de unos cuantos puntos con voluntad de ir precisando aspectos compartidos que ayuden a clarificar el debate. Son los siguientes.

1. No se puede dudar que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador existen puntos en común y por tanto exigencias y límites compartidos, derivado todo ello de la decisión y aplicación de un castigo a una persona por la realización de una determinada conducta. De ahí (y simplemente de ahí, sin tener que implicar necesariamente la aceptación de la existencia de un *ius puniendi* único, teoría cuyas diversas quiebras han sido expuestas por Nieto⁴³⁴) que se pueda hablar, como hemos hecho deliberadamente en el título de este capítulo, de *Derecho Punitivo*.

2. El tradicional mayor desarrollo dogmático del Derecho Penal ha provocado, especialmente en aras al respeto de las garantías del ciudadano, un recurso masivo a sus técnicas y principios en el desarrollo de la aplicación de las sanciones administrativas.

3. Sin embargo, tampoco se puede dudar que esa aplicación, en la medida en que pueda significar una verdadera extrapolación, no puede ser total, debe experimentar ciertas adaptaciones, debe sufrir ciertos matices, en expresión que ha hecho fortuna (aunque no precisamente por la claridad en sus resultados concretos) en la jurisprudencia del TC.

⁴³⁴ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 80 ss.

Como mínimo, dos son las grandes cuestiones que deben tenerse en consideración en ese proceso de aplicación: la delimitación precisa de lo que es verdaderamente sanción en el ámbito administrativo (sobre cuyas dificultades y líneas de reflexión hemos hablado en el capítulo II) y la adecuada consideración del cambio de contexto institucional, en sentido amplio, que supone pasar del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador⁴³⁵ (sobre lo cual reflexionaremos en el siguiente epígrafe). La tensión entre principios con tan diversas exigencias como la eficacia en la acción administrativa y la protección de las garantías del ciudadano, y, no sin relación con ello, la espinosa tarea de delimitación a la que obliga la determinación de los fundamentos y límites de lo que en definitiva constituye una judicialización de procedimientos administrativos (sancionadores), son cuestiones que por sí solas serían capaces de generar un número casi infinito de combinaciones o variaciones. Y más si se tiene en cuenta que la diversidad de contextos y circunstancias se da no sólo entre los dos bloques, penal y administrativo, como si fueran monolíticos, sino también en el interior de cada uno de ellos.

4. Los conflictos planteados por estas tensiones reales a menudo ponen de manifiesto que la falta de enfoque íntegro y cuidadoso de estos problemas supone el riesgo de cerrar en falso alguna que otra puerta en el desarrollo de esta parcela de la relación entre la Administración y los ciudadanos. Lo cual puede dar lugar a episodios de lo que pueden parecer inexplicables retrocesos de cuestiones que se creían consolidadas, señaladamente desde la perspectiva del respeto de las garantías⁴³⁶.

La tarea debe, pues, comenzar detectando cuáles son realmente los puntos comunes, concomitantes entre los ámbitos sancionador penal y administrativo. Naturalmente, no

⁴³⁵ En este sentido, quizá una de las reflexiones más interesantes sigue siendo la de Gonzalo Quintero Olivares: "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal", *RAP*, 126, 1991. Tendremos ocasión de referirnos a algún aspecto concreto de este trabajo. Vid. también De la Morena y De la Morena, Luis, "¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el "ius puniendi" de los tribunales?", *La Ley*, nº 2199, 1989, p. 986. En general sobre las paradojas que supone la extensión de las garantías penales en el contexto despenalizador, vid. Delmas-Marty, Mireille "Le paradoxe pénal", en Mireille Delmas-Marty y Claude Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Éd. du Seuil, París, 1996, por ejemplo en la p. 386.

⁴³⁶ Vid. un ejemplo reciente en Amoedo Souto, Carlos Alberto: "Los "atajos" de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico ante el Tribunal Supremo. La Sentencia de 19 de diciembre de 2000 (Sala 3ª, ponente: D. Francisco González Navarro, Ref. Aranzadi 485/40) y su doctrina legal sobre el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994, de procedimiento sancionador en materia de tráfico", texto mecanografiado, A Coruña, 2001.

podemos aspirar aquí a cerrar esta compleja (y segura e irremediabilmente permanente) cuestión, ni creemos que sea tampoco conveniente dedicarnos a resumir cuanto se ha dicho, que no ha sido poco, por ejemplo en torno a la diferenciación entre pena y sanción administrativa. Creemos que será más útil, en la línea ensayada hasta ahora, intentar visualizar puntos con vocación de ser compartidos.

En este sentido, existen dos aspectos que no deben pasar por alto, aunque en algún momento puedan parecer obvios y además interrelacionados:

1. El protagonismo doble de las dos ramas, penal y administrativa, aupado además como ya sabemos por una notable inflación de la legislación punitiva de ambos signos en nuestros tiempos, tiene que ver mucho con las relaciones mantenidas con la sociedad. Así, se ha podido poner de relieve que, precisamente con la excepción del Derecho Administrativo Sancionador, las demás ramas jurídicas acaban delegando en el Derecho Penal la resolución de los conflictos más extremos⁴³⁷.

Esta afirmación puede ser más o menos matizada o discutible. Concretamente, hay que tener en cuenta también la relevancia de las sanciones civiles⁴³⁸, y en particular todo el debate de la posible función punitiva de la responsabilidad, aunque en general se tiende a considerar inviable en el Derecho europeo continental⁴³⁹.

⁴³⁷ Es la tesis sostenida por Díez Ripollés, José Luis, "Exigencias sociales y política criminal", *Claves de Razón Práctica*, nº 85, 1998, p. 49. Dice este autor concretamente que "Sólo el Derecho Administrativo sancionador ha asumido su responsabilidad, lo que, no por casualidad, ha planteado inmediatamente problemas relativos a una delimitación convincente del Derecho Penal y permite asimismo explicar la introducción progresiva en él de principios garantistas penales". No deja de ser sugerente, procediendo además de un penalista, esta explicación en clave sociológica del desarrollo de la potestad sancionadora, en el marco de unas consideraciones muy interesantes sobre el protagonismo social creciente de la justicia penal. Su carácter de contrapunto en relación a esquemas explicativos más tradicionales y en clave estrictamente jurídica puede ser sólo una muestra de los caminos que, contra lo que puedan sugerir primeras impresiones, quedan inexplorados en este campo.

⁴³⁸ Con la aplicación consiguiente de algunos principios paralelos a los de las demás sanciones. Vid. una referencia interesante en Santdiumenge i Farré, Josep, "Notes sobre l'acció de cessació i la privació temporal de l'ús de la vivenda o local previstes a l'article 7.2 de la Llei de propietat horitzontal", *RJCat*, 1/2000, pp. 112 ss.

⁴³⁹ En ese sentido, claramente, Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 44-47. También, distinguiendo prevención y sanción, pero ya con más dudas y dejando claramente puertas abiertas, Salvador Coderch, Pablo y Castiñeira Palou, M^a Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 113-115 y 172-176. Finalmente es importante la tesis francesa, decididamente receptiva de esta posible función punitiva, Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, París, 1995, especialmente

Con todo, creemos que en cualquier caso resulta indiscutible que las ramas penal y sancionadora administrativa tienen en común esa relación con la sociedad: el compartir responsabilidades. De ahí que el tránsito entre una rama y la otra (piénsese en los movimientos despenalizadores como uno de los casos más representativos) pueda ser fluido⁴⁴⁰.

2. Los ámbitos penal y administrativo sancionador comparten sin duda la faceta punitiva. Siguiendo ahora fragmentariamente nuestro intento de delimitación conceptual de la sanción en el capítulo II, podemos decir que tanto la acción sancionadora penal como administrativa supone la imposición de una privación de bienes o derechos, más allá de la pura y estricta necesidad de proteger el orden público o de reparar una situación alterada, tras el enjuiciamiento mediante un proceso o procedimiento de una conducta tipificada previamente. La mera presencia de este carácter punitivo en ambas ramas puede ser tomada como vía directa de traslación de los principios penales al ámbito sancionador administrativo y concretamente en relación a la vigencia o no del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción sancionadora.

Algo de eso hay en el caso francés, en que argumentos jurisprudenciales tradicionales han ido en esa línea, y en el que en general el paso del ámbito penal al sancionador administrativo ha sido bastante automático⁴⁴¹. Fenómeno similar pero de signo contrario -en tanto en cuanto el principio general en el ámbito procesal penal es el de la obligatoriedad del ejercicio de la acción- se puede dar por otra parte en países como Italia⁴⁴². No obstante,

pp. 50-52, 70-72, 135-165, 213-269, 282-285 y 375-378.

⁴⁴⁰ Nada impide que la sanción administrativa de ciertas conductas se pueda integrar en el diseño de una política criminal global: Quintero Olivares, "La autotutela...", op. cit., p. 274.

⁴⁴¹ "La règle traditionnelle en matière pénale suivant laquelle le Ministère Public est maître d'apprécier l'opportunité de poursuivre un délinquant s'étend à l'action administrative" (conclusiones del *commissaire du gouvernement*, Gentot, en la sentencia del Consejo de Estado de 7 mayo 1971). "La règle traditionnelle de "l'opportunité des poursuites" est valable pour l'administration active comme pour le Parquet" (conclusiones de Rougevin-Baville en la de 20 marzo 1974). En el ámbito disciplinario de la función pública también se puede leer que "À l'image de la répression pénale, la répression disciplinaire repose, en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire contraire, sur le principe de l'opportunité des poursuites": Bolle, Stéphane, "L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique. Un régime "introuvable"", *RFDA*, 2/2001, p. 423. Dicha observación, en este último caso, no deja de situarse en un contexto de especial énfasis en los límites de este amplio margen de decisión y de crítica ante la incertidumbre de la exteriorización de las decisiones de inicio de acciones disciplinarias.

⁴⁴² Vid. en ese sentido el régimen legal italiano en Rosini, Emilio, *Le sanzioni amministrative. La giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 135, poniendo así de manifiesto la opción penalística que caracteriza la ley general de sanciones administrativas en tal país. Unas consideraciones matizadas sobre la posible confusión a evitar entre "l'obbligo della pubblica amministrazione di emettere, comunque, un formale

siempre hay que tener cuidado a la hora de valorar estos procesos en el Derecho comparado, y en el caso francés hay que tener en cuenta al menos dos cosas. En primer lugar, su contexto jurídico, con una tradición de mucho mayor acotamiento del ámbito de las sanciones administrativas⁴⁴³. En segundo lugar, que a esa aplicación cierta del principio de oportunidad al ámbito sancionador administrativo no han sido ajenas otras fundamentaciones institucionales mucho más afinadas y concretas, como tendremos ocasión de ver con amplitud en el capítulo IV⁴⁴⁴.

Tratándose, pues, en suma, de dos manifestaciones represivas del ordenamiento jurídico⁴⁴⁵ que comparten responsabilidades en relación a la sociedad a la solución de cuyos problemas deben estar al servicio, no puede caber duda, sin necesidad de ir más allá, de la resultante presencia de exigencias comunes. ¿Cuáles? Una vez más, agotar aquí las respuestas sería pretencioso, pero sí debemos indicar algún punto esencial al menos por lo que se refiere a nuestro objeto:

- No hay que olvidar que, de modo general, Derecho Penal y Derecho Administrativo comparten naturaleza en tanto en cuanto ambos ponen frente a frente ciudadano y Estado, esforzándose por conseguir, lo cual tiene mucho de meritorio en términos históricos⁴⁴⁶, una sumisión de este último y de sus agentes a sus reglas⁴⁴⁷. Marco general que no deja de ser

provvedimento, all'esito dell'accertamento delle violazioni" y "l'obbligatorietà dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero" pueden verse en Pepe, Carmine, *Illecito e sanzione amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 165-168.

⁴⁴³ Recuérdense lo apuntado en el capítulo II acerca de la presencia de otras medidas protectoras del dominio público cuyo ejercicio está sometido en principio a un régimen de obligatoriedad.

⁴⁴⁴ He aquí un avance genérico de esta complementariedad: "Il apparaît donc que le principe en question [el de la oportunidad de las *poursuites*] vaut pour l'ensemble du droit administratif, non seulement par besoin de conformité à l'exemple pénal, mais aussi pour des raisons qui sont propres à la répression administrative. Plus précisément, pour exercer sa fonction de régulation, l'autorité administrative n'utilise pas nécessairement la procédure répressive, mais peut se contenter de brandir le faisceau de sanctions dont elle dispose": Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., pp. 334-335.

⁴⁴⁵ Quintero Olivares, "La autotutela...", op. cit., p. 293.

⁴⁴⁶ Recordemos que un magnífico y clásico libro de síntesis del Derecho Administrativo comienza diciendo que "L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle" precisamente por la sorpresa que puede ocasionar que el Estado se acepte considerar vinculado por el Derecho, siendo así que "la conquête de l'État par le droit est relativement récente et n'est pas encore universellement achevée": Weil, Prosper; Pouyaud, Dominique, *Le Droit Administratif*, PUF, París, 1997 (17ª edición), p. 3.

⁴⁴⁷ Gaudemet, Yves, prólogo a la obra de Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., p. XIX. Lo que le permite afirmar que "Le droit pénal et le droit administratif sont de la même veine",

relevante en cuanto a la posición de ambas ramas en torno a la relación Estado-ciudadano ordenada desde la Constitución.

- Ya en relación al dualismo Derecho Penal/Derecho Administrativo Sancionador, hay que decir que en primer lugar, dado que se trata de manifestaciones represivas del ordenamiento jurídico, e incidiendo éstas de forma claramente negativa en la esfera vital de los ciudadanos, deberán respetarse en ambos casos, aunque no necesariamente a través de mecanismos e intensidades idénticos, los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Aspectos tan cruciales como el ejercicio de las libertades, la igualdad entre los ciudadanos, y sus derechos de defensa, no pueden depender de decisiones más o menos fluidas (aunque no absolutamente libres) de adscripción de una conducta al ámbito sancionador penal o administrativo. Las exigencias comunes de respeto de la legalidad, de la tipicidad, o del procedimiento con adecuadas garantías, derivan en general claramente de este punto. Y el mismo pone de manifiesto la importancia de hallar un lenguaje común de niveles de garantías entre jurisdicciones y países señaladamente en el ámbito europeo⁴⁴⁸.

En segundo lugar, dado que se trata de mecanismos punitivos al servicio de los problemas de la sociedad, su imposición (empezando por su establecimiento normativo) no puede ser nunca irreflexivo, sino que deberá ser estrictamente necesario para conseguir determinados fines. Lo cual no se puede desligar del anterior punto, puesto que en definitiva ello redunda en un más escrupuloso respeto de las esferas de libertad del ciudadano. En Derecho Penal esta consecuencia no ha podido tener una formulación más sintética y expresiva: la *ultima ratio*, cuya quiebra visible en varios sectores de la más reciente evolución jurídica no en vano constituye uno de los aspectos más preocupantes⁴⁴⁹. Necesidad de las penas que con no menos capacidad de síntesis y precisión fue establecida nada menos que en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 agosto 1789 (art. 8, primera frase), y cuyas consecuencias son aún visibles en la jurisprudencia más reciente del Consejo

⁴⁴⁸ Vid. algunos esfuerzos útiles en esta línea en Potvin-Solis, Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, París, 1999; Douvreur, Olivier, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, LGDJ, París, 2000, pp. 168-170 entre otras; y en nuestra doctrina, Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 306-325 entre otras.

⁴⁴⁹ La presencia en los primeros temas de los manuales de Derecho Penal de esta cuestión de la *ultima ratio* o carácter secundario o subsidiario muestra su carácter central. A mero título ejemplificativo vid. la referencia al principio y al problema de la "huida al Derecho Penal" en Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989, pp. 82-83.

Constitucional francés⁴⁵⁰: "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

Es cierto que, en cuanto rama a la que se debe recurrir sólo ante la insuficiencia de las demás, el beneficiario exclusivo del principio de *ultima ratio* es el Derecho Penal⁴⁵¹. Pero ello no debe obstar, pensamos, a que el principio de la necesidad de las reacciones punitivas esté también claramente vigente en el ámbito sancionador administrativo, lo cual es congruente con un principio *pro libertate* presente de manera tradicional en alguna normativa de las formas de intervención administrativa⁴⁵².

El carácter decisivo de esta cuestión, en general y en particular en cuanto al preciso objeto de nuestro trabajo, hará que tengamos que volver sobre ella en breve.

C. Los elementos diferenciales. Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas y servicio a los intereses generales

No son, sin embargo, menos importantes las diferencias entre los ámbitos sancionadores penal y administrativo. No obstante, diferenciar de forma abstracta pena y sanción administrativa, más allá de unas cuantas obviedades, parece, a juzgar por cuanto mucha doctrina lleva dicho, poco menos que imposible. Es ciertamente dudoso que se puedan aislar claramente diferencias de naturaleza y de finalidad entre ambas⁴⁵³, respondiendo como responden, según hemos visto, a necesidades, responsabilidades y maneras de resolverlas comunes.

⁴⁵⁰ Por ejemplo, en la sentencia relativa a la Ley de 1 agosto 2000 que modificó la relativa a la libertad de comunicación. Más adelante tendremos ocasión de realizar indicaciones más completas.

⁴⁵¹ Vid. Quintero Olivares, "La autotutela...", op. cit., p. 259.

⁴⁵² Art. 6.2 RSCL: "Si fueren varios [actos de intervención] los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual". Sobre ello como una variante de la proporcionalidad, vid. López González, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, pp. 120-122. Y sobre las técnicas de control de la elección de la alternativa menos gravosa, Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 240-242.

⁴⁵³ Vid. por todos Dorado Montero, Pedro, "Derecho Penal", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1985, p. 860 y Cerezo Mir, José, "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo", *Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales*, 1975, p. 165.

Es por ello que donde sí cabe situar el punto de inflexión es, creemos, en la diversidad de contextos en que se insertan. Compartimos en este sentido totalmente la siguiente afirmación de Quintero Olivares: "Quizá la mayor simplificación que se ha introducido en este tema [la diferenciación entre pena y sanción administrativa, entre orden jurisdiccional penal y Administración] sea precisamente la de establecer comparaciones en función exclusivamente de la sanción y de la pena, y no del sistema del que traen causa una y otra"⁴⁵⁴. En efecto, lo que parece poco discutible es que, existan o no diferencias cuantitativas y/o cualitativas entre pena y sanción, cuando una medida punitiva pasa a formar parte del arsenal propio de medidas adoptables por parte de una Administración Pública, ese contexto condicionará de manera irremediable la puesta en práctica de esa medida punitiva. La sanción ya no la decide e impone un órgano judicial de lo penal, sino que la pasa a pronunciar un órgano administrativo que globalmente no está especializado en la función represiva, siendo ésta solamente el complemento de su actividad administrativa⁴⁵⁵.

Todo ello, es legítimo preguntar, ¿con qué fundamento y en qué sentido?

La pregunta sobre el fundamento es inseparable del dato normativo de mayor rango, la Constitución. Y casi no es necesario recordar que la CE ha consagrado la potestad sancionadora administrativa diferenciándola de la potestad sancionadora de los tribunales penales. Apareciendo ambas conjuntamente (cabe recordar que comparten responsabilidades y exigencias) pero diferenciadamente⁴⁵⁶. La jurisprudencia del TC tampoco ha dudado en recordar este fundamento constitucional directo y diferenciado de la potestad administrativa sancionadora. Así, ha recordado que un sistema de monopolio judicial de la potestad sancionadora "no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable", de modo que la CE "no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos"⁴⁵⁷. Recientemente, el TC ha indicado que no hay una prevalencia

⁴⁵⁴ Quintero Olivares, "La autotutela...", op. cit., p. 258.

⁴⁵⁵ Delmas-Marty, Mireille; Teitgen-Colly, Catherine, *Punir sans juger?...*, op. cit., p. 111.

⁴⁵⁶ Recordemos que el art. 25 habla en su primer apartado de la existencia de "delito, falta o infracción administrativa" y en su tercer apartado de la prohibición impuesta a la Administración civil de imponer sanciones que impliquen privación de libertad. Por su parte, el art. 45.3 impone en materia medioambiental el establecimiento por ley de "sanciones penales o, en su caso, administrativas".

⁴⁵⁷ STC 77/1983, de 3 octubre, FJ 2.

absoluta abstracta del ejercicio de la potestad punitiva de los órganos jurisdiccionales penales "sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional"⁴⁵⁸.

Y si ha recaído a nivel constitucional un reconocimiento expreso y autónomo de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas -sin seguir, como es conocido, propuestas explícitamente contrarias a tal consagración constitucional en el proceso de elaboración de la CE⁴⁵⁹-, esta potestad no puede sino insertarse en las funciones constitucionales asignadas a este poder público, las del servicio con objetividad y eficacia a los intereses generales (art. 103.1). De modo que esa misma posición constitucional e institucional de la Administración Pública hace que "el ejercicio de su potestad punitiva no necesariamente ha de ser un calco exacto de la de los tribunales penales"⁴⁶⁰. Las diferencias estructurales y funcionales entre las ramas penal y administrativa⁴⁶¹ no pueden, pues, estar exentas de consecuencias en el régimen del ejercicio en este caso de la potestad sancionadora⁴⁶².

Y acorde con estas bases constitucionales y funcionales, una noción pasa a primer plano: la de la instrumentalidad. La potestad sancionadora pasa a formar parte de los instrumentos, a menudo variados, de los que disponen las Administraciones Públicas para cumplir sus funciones. En la doctrina italiana, por ejemplo, se ha podido afirmar que "solo excepcionalmente (cfr. p. es. la legislazione di guerra) o marginalmente la potestà di un'amministrazione rispetto a una sfera di interessi si è esaurita nella funzione di applicare

⁴⁵⁸ STC 177/1999, de 11 octubre, FJ 4.

⁴⁵⁹ Propuesta asumida de modo muy personal y firme por Lorenzo Martín-Retortillo, según se puede leer en su obra *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, pp. 109-127. No hay que olvidar el contexto histórico anterior, bien conocido y estudiado por el autor citado precisamente en lo referido a las sanciones administrativas, donde las más descaradas muestras de arbitrariedad política tenían lugar: vid. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, con claros ejemplos en las pp. 43-44 y 58, entre otras.

Cabe notar así que esta postura de crítica con la constitucionalización de las sanciones administrativas tenía que ver con el efecto de "potenciar el mantenimiento de un *statu quo* nada defendible" (*Materiales...*, op. cit., p. 111).

⁴⁶⁰ Barcelona Llop, Javier, "Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Algunos aspectos problemáticos", en VVAA, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, p. 121.

⁴⁶¹ De León Villalba, *Acumulación...*, op. cit., p. 224.

⁴⁶² En el siguiente capítulo veremos con más calma la trascendencia de este paso entre entorno institucional y régimen jurídico del ejercicio de la potestad (sancionadora).

sanzioni⁴⁶³. De modo que con arreglo a las reglas de necesidad de las medidas punitivas y de eficacia⁴⁶⁴ el objetivo principal u objetivo en sí mismo no debe ser el punitivo en el marco más general de la actividad administrativa⁴⁶⁵.

Es algo difícilmente discutible, y en todo caso debemos añadir que se trata de una relación graduable, desde situaciones en que la actividad sancionadora ocupa un lugar muy destacado en la tutela administrativa de un sector hasta otras en que constituye un elemento muy secundario o marginal⁴⁶⁶.

Esta relación se ha podido poner de manifiesto especialmente, por las peculiaridades del entorno institucional correspondiente, en el ámbito del Derecho comunitario⁴⁶⁷.

La relación de instrumentalidad de la potestad sancionadora en relación al resto de la actividad propia de las Administraciones Públicas se ha puesto de manifiesto también en la jurisprudencia constitucional al tener que resolver algunas cuestiones competenciales entre Estado y CCAA. Éstas pueden así adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tienen la competencia sustantiva de que se trate, siempre y cuando, eso sí, se acomoden a las garantías constitucionales (art. 25.1 CE) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido en relación al régimen vigente en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE). Con estas condiciones y límites (teniendo en cuenta también el

⁴⁶³ Travi, Aldo, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983, p. 239. Vid. también, en la doctrina italiana, de modo general sobre la relación de instrumentalidad, Pagliari, Giorgio, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 181 ss.

⁴⁶⁴ Sobre la relación entre eficacia y necesidad o proporcionalidad, Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995, pp. 134-135.

⁴⁶⁵ Vid. algunas constataciones al respecto en Lascoumes y Barberger (dir.), *Le droit pénal administratif...*, op. cit., p. 8. En nuestra doctrina vid. las afirmaciones de De la Morena y de la Morena, "¿Son trasplantables...", op. cit., p. 989.

⁴⁶⁶ En el capítulo IV tendremos ocasión de ver algún ejemplo concreto de esta afirmación, con las oportunas consecuencias en cuanto a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁴⁶⁷ Cuyo interés es así indudable, también en cuanto a los mecanismos para evitar las sanciones, pero que en este trabajo no podemos abordar. Pueden verse al respecto: Carnevali Rodríguez, Raúl, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001, pp. 126 ss. y 191 ss; Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: su aplicación a las empresas*, Edijus, Berriozar, 1999, pp. 275-277; Dannecker, Gerhard, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo* (traducción de Carmen Bascón Granados), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 101 ss.; Vervaele, J.A.E., "Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?", *RVAP*, n° 37, 1993, p. 204; Díez-Picazo, Luis-María, "Derecho comunitario y medidas sancionadoras", *REDA*, n° 78, 1993, pp. 256, 259, 263, 266 y 268. Puede verse un ejemplo de la relevancia de los márgenes de discrecionalidad en materia sancionadora en el Reglamento (CE) n° 2532/98 del Consejo, de 23 noviembre 1998 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones.

respeto del procedimiento administrativo común, art. 149.1.18 CE) "las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones [...] porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales"⁴⁶⁸. Con independencia ahora de la concreta y discutible cuestión de los límites concretos impuestos a esa capacidad de diseño propio en lo administrativo sancionador de las CCAA⁴⁶⁹, de lo que no cabe duda es de esa apuntada relación de instrumentalidad por la cual la adopción de sanciones puede ser necesaria para la efectividad de la aplicación de las decisiones que se adoptan en el ejercicio de las competencias sobre materias sustantivas. Del mismo modo que no se duda de la pertenencia de las facultades de inspección, control y sanción al ámbito de la función ejecutiva⁴⁷⁰.

Así pues, "la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos", y ello es lo que permite poner el énfasis, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, en recuperar "la fibra administrativa que ahora se le está negando"⁴⁷¹.

D. Balance. El entorno institucional de las sanciones administrativas: sus roles en la determinación del grado de aplicación de los principios penales en lo relativo al ejercicio de la potestad sancionadora.

¿Cuál debe ser, entonces, el balance, a la vista de los elementos destacados hasta ahora, a la hora de formular una hipótesis sobre el grado de aplicación en nuestro tema de los principios penales al ámbito sancionador administrativo?. Pensamos que la respuesta a esta

⁴⁶⁸ STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8 y STC 102/1985, de 4 de octubre, FJ 2. Vid. asimismo más recientemente la STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6.

⁴⁶⁹ Lo cual ha llevado a calificar de muy estricta la postura del TC a la hora de hacer uso de los principios de instrumentalidad y de conexión material como criterios para integrar el contenido de los ámbitos materiales, sobre todo en relación a las actividades consideradas instrumentales atribuidas a las CCAA. De modo que existe una doble especie de presunción de prevalencia: de los actos y disposiciones emanados de las competencias sustantivas sobre las instrumentales y de las emanadas de las competencias estatales sobre las instrumentales autonómicas: Viver i Pi-Sunyer, Carles, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 173-174.

⁴⁷⁰ Entre otras, STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6.

⁴⁷¹ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 23. Vid. también pp. 81, 87, 92, 95, 96, 108, 136 y 201.

pregunta pasa inevitablemente por contemplar el mencionado factor diferencial del contexto institucional de las sanciones administrativas en una triple condición: fundamento, límite y punto de partida.

a. Fundamento

El cambio de contexto institucional proporciona sin duda la base para hallar la clave diferenciadora en relación al proceso penal. Es muy distinto hablar de una potestad sancionadora que se enmarca en un entorno de tutela, a través de ese y de otros medios, de los intereses generales por parte de la Administración que en un contexto procesal penal donde prima la perspectiva de la aplicación de la ley en cada caso concreto. Esta contraposición es importante. Se trata de ser conscientes del aspecto cualitativo de la intervención administrativa con carácter creciente en los más variados sectores. De forma que la posibilidad de utilizar mecanismos sancionadores difícilmente se puede contemplar como algo cuya finalidad radique en resolver el caso concreto, sino en una integración en un contexto más amplio o de conjunto de la actividad administrativa, sin que ello obste al respeto tanto del principio constitucional de la igualdad como de los derechos de defensa.

Sin embargo, no sería riguroso tampoco establecer esta clara dualidad entre Administración y tribunales, que tienen una perspectiva centrada en los casos concretos que se les planteen. Y ello porque en el proceso penal es del Ministerio Fiscal de quien se predicaría un ámbito de decisión por motivos de oportunidad. Y los componentes del Ministerio Fiscal no están exentos tampoco de la posibilidad de formar parte de un sentido conjunto de actuación, de formar parte de la aplicación de unas políticas, de la política criminal. Sin ello, evidentemente, imposible sería hablar de una discrecionalidad que fuera más allá de meros márgenes de interpretación de las normas a la hora de aplicarlas, y por tanto, de la presencia - y del debate sobre su conveniencia, y de las divergencias en Derecho comparado- de verdaderos márgenes de decisión por motivos de oportunidad.

Ello podría llegar a poner en duda la sustantividad del contexto institucional como criterio diferenciador propuesto. No cabe duda de que cuanto más se potencia el rasgo de la acción penal como parte integrante de la función ejecutiva⁴⁷², más se tenderían a aproximar los

⁴⁷² Lo cual además corre paralelo con la postura de considerar discrecional el ejercicio de tal acción: vid.

contextos institucionales de Administraciones Públicas y Ministerio Fiscal, con el riesgo mencionado de acabar difuminando el primero. Es por ello que, como se ha advertido anteriormente, en estas circunstancias cabe más que nunca centrarse en el contexto específico geográfico y temporal en el que se plantea el problema. Y en el caso del actual ordenamiento jurídico español, no cabe perder de vista algunos datos que condicionan la respuesta a este dilema. Ya que, si bien es cierto que en todo sistema conviven elementos de diverso origen y a veces de difícil armonización (ya hemos hecho referencia en su momento al carácter un poco sorprendente de la introducción del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en la LECr en contraste con el modelo históricamente más seguido) tampoco cabe desconocer que existe una interrelación entre todos ellos. Así, se ha podido advertir que introducir en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad supondría alterar las bases de nuestro proceso penal, en el que cabe tener en cuenta los siguientes elementos: la acción penal atribuida también a los particulares (acción popular) y la posibilidad de proceder de oficio del juez de instrucción, siendo el mismo un destinatario normal de las denuncias. De modo que la introducción de la oportunidad supondría alteraciones como: reducir el papel de los particulares acusadores en el proceso; suprimir la incoación de oficio del proceso y la condición de receptor normal de denuncias del juez de instrucción; y aumentar extraordinariamente los poderes del Ministerio Fiscal⁴⁷³. No nos interesa tanto ahora la perspectiva, sobre la que ya hemos dicho algo en anteriores apartados, de todo el debate sobre la vigencia y/o incorporación del principio de oportunidad como el dato de la interdependencia entre este principio y su antagónico con el resto de elementos del proceso penal. Interdependencia que ha llegado a hacer poner de relieve la importancia de las concepciones de fondo que subyacen a cada sistema por encima incluso de prácticas comunes con otros países⁴⁷⁴. En nuestro caso se pone de relieve que al hablar del contexto institucional del

Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 30.

⁴⁷³ Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., p. 22. Vid. también Berzosa Francos, "Principios...", op. cit., p. 593.

⁴⁷⁴ Nos referimos a la comparación entre Francia y Alemania, en un análisis cuidadoso reciente de la cual se ha puesto de manifiesto que, por encima incluso de la real similitud de efectos inmediatos de la práctica de la oportunidad de la acción penal en ambos países (a pesar de partir de principios generales opuestos, como sabemos) destaca la divergencia primordial de la imparcialidad de la acción penal (*poursuite*). Y ello debido a la peculiaridad de la evolución y configuración del proceso penal francés, con la separación entre acción penal e instrucción y la importancia de la intervención de la parte lesionada. De modo que se concluye que la oposición franco-alemana en cuanto al desencadenamiento de la acción penal reside más en esas peculiaridades de la estructura del proceso penal, y sus consecuencias en el modo de garantizar la imparcialidad del ejercicio de la

proceso penal se sigue haciendo referencia a algo más que a la ejecución de políticas por parte de los miembros del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, ya en cuanto a tales miembros, hay que señalar que su posición institucional no deja de presentar bastantes peculiaridades, que lo ponen en conexión con las autoridades y funciones judiciales, como para establecer un paralelismo absoluto con la de las Administraciones Públicas. Así, hay que recordar que la propia Constitución establece la necesidad de oír al Consejo General del Poder Judicial para el nombramiento de origen gubernamental del Fiscal General del Estado⁴⁷⁵. Además, las leyes consagran el carácter del MF de órgano cooperador de la Administración de Justicia⁴⁷⁶, con integración con autonomía funcional en el Poder Judicial⁴⁷⁷. Es cierto que tales declaraciones legales no deben ser llevadas mucho más allá de un valor retórico⁴⁷⁸. No puede dudarse que el MF es un órgano que no forma parte del Poder Judicial, ya que queda fuera de la garantía constitucional de exclusividad de los órganos jurisdiccionales y de sus miembros no se predicen las notas de independencia e inamovilidad⁴⁷⁹. Sin embargo, lo que tampoco se puede poner en duda es la existencia de vínculos históricos entre la judicatura y la fiscalía de la que ha quedado una mentalidad cuasi-judicial en los fiscales españoles⁴⁸⁰. Y se pone de relieve también así una cierta tendencia a concebir las funciones del Ministerio Fiscal, y de forma particular el ejercicio de la acción penal, como algo que forma parte de la función judicial, produciéndose así un claro acercamiento en este punto al modelo italiano⁴⁸¹, que proclama al más alto nivel el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal⁴⁸². Sin embargo, el art. 124 CE

acción penal y en la paralela concepción del Ministerio Fiscal, que en la oposición, ya artificial, de los principios de persecución penal. No es posible aquí reflejar toda la complejidad y riqueza de planteamientos presentes en este estudio, que es una gran muestra de los recovecos que puede llegar a presentar el estudio histórico y comparado de las instituciones que comentamos (una de cuyas concreciones es la relación, a la vez de consecuencia y fundamento entre principio de oportunidad y separación de acción penal e instrucción): vid. Mathias, *Les procureurs du droit...*, op. cit., entre otras pp. 81-82, 159-161, 163-164 y 237 ss.

⁴⁷⁵ Art. 124.4 CE.

⁴⁷⁶ El libro V de la LOPJ se titula "Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian", recogiendo el art. 435 las funciones del Ministerio Fiscal. Además no hay que olvidar que el art. 124 CE está incluido en su título VI, el relativo al Poder Judicial.

⁴⁷⁷ Art. 2.1 EOMF.

⁴⁷⁸ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 161.

⁴⁷⁹ Moreno Catena, en *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 147.

⁴⁸⁰ Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 148.

⁴⁸¹ Vid. sobre este modelo en este punto Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 130.

⁴⁸² Vid. sin embargo matices a esta asociación de ideas a propósito del proceso constituyente italiano en Díez-

también consagra una inevitable vinculación con el Gobierno, siendo así que debe defender la legalidad y los derechos de los ciudadanos. De modo que así se ha podido concluir en la ambigüedad de la posición constitucional del Ministerio Fiscal tras la CE de 1978⁴⁸³.

Por todo ello creemos que en nuestro ordenamiento jurídico sigue habiendo elementos suficientes para poder hablar de una diferencia relevante de contexto institucional en la línea apuntada más arriba.

Pero además, dado que éste es un tema especialmente abierto a apreciaciones y evoluciones, hay que completar esta perspectiva concreta con una apreciación más general. Aunque se potencie al máximo en el contexto del proceso penal la perspectiva de la acción ejecutiva del MF no creemos que ello llegue a significar una equiparación total con el contexto institucional de las Administraciones Públicas. Y ello porque en cualquier caso se está en presencia, en este segundo caso, necesariamente (aunque con graduaciones en su intensidad), de un ámbito más amplio que el de una pura política criminal en cuanto a las misiones atribuidas y los medios disponibles, factores claves en esa actuación de conjunto que comentábamos.

No en vano cuando se discute sobre la toma en consideración de los aspectos de acción administrativa que implica hablar de sanciones administrativas o de procesos de despenalización, se pone de relieve el grado de apego mostrado por ejemplo en el caso italiano por la ley reguladora de tales sanciones a las exigencias del sistema penal. Cuestión en la que caben valoraciones de signo diverso⁴⁸⁴. En nuestro Derecho creemos haber mostrado ya los elementos, de base constitucional, que fundamentan la existencia real de la dualidad apuntada.

Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 127.

⁴⁸³ Vid. Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 157 ss. De "sistema esquizoide" se ha llegado a hablar en relación a la convivencia de las notas de dependencia jerárquica e independencia en el Estatuto del MF: López López, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., p. 158. Vid. también Flores Prada, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pp. 271 ss.

⁴⁸⁴ En este sentido es interesante contrastar las opiniones de Travi -"[la Ley 689/1981] ha proposto una depenalizzazione alla luce solo delle esigenze del sistema penale, senza considerarne i riflessi sul versante della pubblica amministrazione e della azione amministrativa. Si tratta indubbiamente di una delle carenze culturali più gravi che emergono da una lettura della nuova legge" (*Sanzioni amministrative...*, op. cit., pp. 244-245)- y de Cerbo -"Nel momento in cui si concepisce la sanzione amministrativa come pena, [...] non si può utilizzare il modulo della "misura" diretta a realizzare un dato scopo, che è invece caratterizzato proprio da una valutazione dell'interesse da perseguire e da una scelta degli strumenti per perseguirla" (*Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 324, vid. también pp. 7-8 y 326-327).

Así pues, el contexto institucional impone irremediablemente condicionamientos a un ilícito que, por decirlo así, entra en su ámbito. Que ello no deba implicar perder de vista asimismo las particularidades de la actividad sancionadora especialmente desde el punto de vista de las garantías es algo que ya hemos defendido. Pero entendemos que el equilibrio entre ambos vectores pone de manifiesto los límites naturales de discursos basados en el inexorable carácter de función jurisdiccional o cuasi-judicial de la actividad sancionadora⁴⁸⁵. Aunque ello no debe ser obstáculo para reconocer, entonces a otro nivel, el valor de llamada de atención que puede suponer este tipo de enfoques a la responsabilidad de quien decide, básicamente el legislador, a la hora de establecer el mecanismo sancionador administrativo. Problema, por otra parte, grave, de racionalización del ordenamiento jurídico que está en no poca medida, como hemos comentado en otros capítulos, en la base de los conflictos que dan lugar a nuestro objeto de trabajo.

b. Límite

El entorno institucional juega, pues, como fundamento diferenciador con todos los matices apuntados anteriormente. Pero también es susceptible de jugar como límite. El mismo elemento que fundamenta una diferenciación hace lo propio con los nuevos límites a respetar.

Si el servicio a los intereses generales como misión constitucionalmente atribuida a las Administraciones Públicas crea un contexto propio para el entendimiento y el desarrollo de las sanciones administrativas, ese mismo elemento proporciona unos límites propios a ese desarrollo diferenciado. La razón de ser lleva en sí misma la imposición de límites, lo que fundamenta, si fundamenta verdaderamente, al mismo tiempo acota.

En este caso, el aspecto más general de este límite consistiría en partir de que toda manifestación sancionadora que exceda del objetivo de conseguir los fines que son constitucionalmente específicos y exigibles a las Administraciones Públicas carecería de legitimidad constitucional. Aspecto que está sometido al control de los tribunales mediante la técnica de la desviación de poder, como en cualquier otro ámbito, de recurrirse al sistema

⁴⁸⁵ Vid. en la doctrina italiana una referencia a este tipo de posiciones en Pagliari, *Profili teorici...*, op. cit., p. 186. En nuestra doctrina es especialmente conocida a este respecto la postura de Parada Vázquez, *Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 422 y 493.

sancionador para conseguir objetivos ajenos a los fines constitucionalmente propios de las Administraciones Públicas⁴⁸⁶.

Pero para ser algo más concretos, creemos que a esa exigencia, obvia, se le debe añadir el dato propio de la actividad punitiva de la estricta necesidad del recurso a las sanciones, como hemos adelantado más arriba. Es decir, que en este caso, la adecuación a los fines institucionales no consistiría meramente en la presencia de una finalidad de interés general, sino en un proporcionado uso de los medios para conseguir esa finalidad.

c. Punto de partida

Más que punto de llegada, en efecto, creemos que el contexto institucional diferenciador de las Administraciones Públicas constituye un punto de partida a concretar en cada caso para definir el grado de discrecionalidad existente en el ejercicio de la potestad sancionadora. Una consideración apresurada de la perspectiva diferenciadora comentada podría llevar a concluir que en el ámbito administrativo cabe siempre discrecionalidad⁴⁸⁷. Sin embargo, si por algo se caracteriza el contexto institucional es por exigir la concreción de las condiciones específicas de cada supuesto, que pueden variar dependiendo de múltiples factores.

Por eso, creemos que es posible establecer con un mínimo rigor necesario que el elemento del contexto institucional del ámbito administrativo da lugar a una precondition, si se quiere, favorable a la presencia de márgenes de opción en el ejercicio de la potestad sancionadora gracias a las características destacadas más arriba. Pero es difícil ir más allá de eso. Luego serán las circunstancias concretas las que permitirán extraer conclusiones más seguras, sin que se pueda descartar que en ocasiones esos márgenes sean mínimos o

⁴⁸⁶ Quintero Olivares, "La autotutela...", op. cit., pp. 271-272. Vid. algunos ejemplos en Chinchilla Marín, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1999, pp. 149-150 y 166-167.

⁴⁸⁷ Podría derivarse a contrario tal resultado de esta afirmación antes citada que ahora completamos: "Nel momento in cui si concepisce la sanzione amministrativa come pena, diretta a scoraggiare il singolo e la collettività dal tenere una certa condotta vietata, si esclude ogni profilo di discrezionalità nell'applicazione della sanzione e non si può utilizzare il modulo della "misura" diretta a realizzare un dato scopo, che è invece caratterizzato proprio da una valutazione dell'interesse da perseguire e da una scelta degli strumenti per perseguirla" (Cerbo, *Le sanzioni ...*, op. cit., p. 324). Sin embargo, no hay necesariamente una correspondencia, en los autores italianos que destacan el entorno institucional diferenciador de las sanciones administrativas, con la defensa de la discrecionalidad en este aspecto del ordenamiento jurídico italiano: vid. Paliero, Carlo Enrico y Travi, Aldo, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 250-256.

inexistentes. La diferenciación general entre lo penal y lo administrativo tiene, pues, su base, que permite establecer principios generales⁴⁸⁸, pero también sus límites. Piénsese que precisamente uno de los movimientos doctrinales como consecuencia de la crisis del modelo de intervención penal producida en los últimos años -precisamente caracterizado en gran parte por asumir el Derecho Penal un modo de razonar propio de lo administrativo⁴⁸⁹- ha sido el de tratar de establecer un "Derecho Penal de dos velocidades"⁴⁹⁰.

¿Cuáles son esos múltiples factores que condicionan caso por caso la respuesta? Es difícil ser exhaustivos en este punto, pero entendemos que entre ellas nunca pueden faltar las siguientes:

- El modo de atribución de la potestad sancionadora por parte de la normativa sectorial correspondiente.
- Las características de la norma que contiene tal atribución (fecha, grado de cumplimiento...)
- Las características de la autoridad que tiene atribuida la potestad sancionadora (composición, grado de legitimación democrática, grado de autonomía...).
- El conjunto de potestades que tiene para cumplir con sus funciones dicha autoridad.
- Los bienes jurídicos a proteger y la gravedad de las conductas a sancionar.

Es por todo ello, a causa de la importancia de las circunstancias concretas de cada caso y de los factores señalados hace un momento, que cobrará una especial relevancia el análisis a realizar en los capítulos IV y V: condiciones institucionales concretas y factores condicionantes que a su vez constituyen límites.

⁴⁸⁸ De la misma manera que en Alemania se considera vigente como regla general el principio de oportunidad en lo que se refiere a las infracciones al orden administrativo, teniendo en cuenta el dato común del escaso disvalor de las conductas en cuestión. En el ámbito penal, en cambio, rige como principio general el de legalidad, con importantes excepciones en cuanto a la pequeña y mediana criminalidad. Vid. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, op. cit., pp. 33 y 43-44.

⁴⁸⁹ Silva Sánchez, *La expansión...*, op. cit., p. 107. Vid. también Paredes Castañón, José Manuel, "El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, setiembre-diciembre 1996, pp. 914-917.

⁴⁹⁰ Silva Sánchez, *La expansión...*, op. cit., pp. 124-127. Vid. una exposición de las salidas propuestas como consecuencia del mencionado problema en Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 81-84. Acerca de las reacciones y réplicas ante la crisis del modelo de intervención penal vid. la rica problematización ofrecida en Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, especialmente pp. 155 ss. Sobre una propuesta de distinguir las garantías en función de la severidad de la sanción, Cid Moliné, "Garantías y sanciones...", op. cit.

Por tanto, el balance o conclusión al menos provisional a que nos permite llegar todo lo dicho hasta ahora, se concretaría en dos puntos.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la variabilidad y la dependencia en relación a muchos otros aspectos del proceso penal, en el tiempo y en el espacio, del principio general vigente en materia de ejercicio de la acción penal. De modo que en nuestro caso, el principio general de legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal encuentra un elemento diferenciador de relevancia en cuanto a la aplicación de ese principio general en el cambio que supone el contexto institucional de las Administraciones Públicas con potestad sancionadora atribuida.

En segundo lugar, sin embargo, cabe recordar que en este caso la necesidad de aplicación de los principios penales no depende tanto de la vigencia formal de un principio o de otro, sino de las circunstancias o límites en que se desarrolle, como muestra la tendencia generalizada a encontrar mecanismos de oportunidad reglada. De modo que cabe concluir que en el tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción punitiva en el ámbito sancionador administrativo pueden establecerse líneas de desarrollo con una relativa independencia en relación al principio general formalmente vigente en el ámbito procesal penal, prestando especial atención a los condicionamientos impuestos por los entornos institucionales y los límites constitucionales.