

ESTUDIOS

Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional

FRANCISCO E. ÚBEDA TARAJANO

*Doctor en Derecho.
Letrado del Servicio Jurídico del Ayuntamiento
de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas)*

RESUMEN

Tras la entrada en vigor de la Constitución la jurisprudencia constitucional parte de la concepción unitaria del *ius puniendi* estatal, vertebrado en dos manifestaciones típicas: el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Ahora bien, la traslación de los principios rectores del moderno Derecho penal no se efectuó de forma pacífica, mucho menos de forma sistemática y general al campo del Derecho administrativo sancionador. Durante mucho tiempo el Derecho disciplinario constituiría una auténtica zona de inmunidad de poder en la que los derechos fundamentales de los funcionarios públicos –y de sus instituciones de garantía– quedaban fuertemente limitados.

SUMARIO: 1. La naturaleza de las sanciones administrativas: 1.1 Introducción general. 1.2. Estado de la cuestión. 1.3 Toma de postura.–2. Las diferencias entre el ilícito administrativo y el ilícito penal: 2.1 Análisis de los criterios distintivos propuestos. 2.2 La paupérrima construcción dogmática del Derecho administrativo sancionador frente al notable desarrollo de la dogmática jurídico-penal.–3. Las manifestaciones punitivas del Estado y sus clases: sanción penal, sanción administrativa y sanción disciplinaria (sanciones de Derecho público): 3.1 Marco general. 3.2 Injustos disciplinarios civiles e injustos disciplinarios militares. 3.3 Las clases de sanciones disciplinarias y su correlación con el Derecho penal.

1. LA NATURALEZA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1.1 INTRODUCCIÓN GENERAL

Cuando tratamos de determinar la naturaleza de las sanciones administrativas realmente lo que nos preguntamos es qué son, en realidad, y si las mismas tienen alguna peculiaridad sustancial o material que las distinga de otras sanciones como las penales. Plantearse la cuestión de si sanciones administrativas y penales comparten una identidad sustancial o material lejos de ser un mero ejercicio intelectual baladí tiene importantes consecuencias prácticas. En la medida en que prediquemos la identidad sustancial de ambas figuras, menos argumentos tendremos para forzar una aplicación matizada de los principios y garantías que rigen el Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. De afirmar que estamos ante figuras distintas y autónomas no quedaría justificada la aplicación automática de aquellos principios y garantías. El rendimiento pragmático de la distinción radica, en última instancia, en el alcance e intensidad en la aplicación del régimen de derechos, principios y garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. A ello hace referencia Quintero indicando que la vieja discusión acerca de la naturaleza de las sanciones administrativas no es meramente doctrinal teniendo como alcance dicha diferenciación el que de afirmarse que la diferencia es sólo cuantitativa «será más difícil sostener que la reducción “cuantitativa” debe ir acompañada de un descenso de las garantías¹», considerando que todo intento de diferenciación entre sanción administrativa y penal ha de hacerse desde el sistema desde el que traen causa tanto la una como la otra.

La traslación al ámbito administrativo sancionador de todos los principios y caracteres que el Derecho penal ha ido conquistando implicaría –según Quintero– la integración del Derecho administrativo sancionador en el Derecho penal, *pues la única diferencia subsistente sería el «nombre jurídico» de la reacción («sanción» frente a «pena»).*

1.2 ESTADO DE LA CUESTIÓN

La doctrina penalista se encuentra dividida en este punto –como indicó Córdoba Roda²– entre quienes defienden la existencia de una diferencia cualitativa entre ambos ilícitos y quienes sólo reconocen una diferencia cuantitativa; si bien, autores como Silva ponen la nota diferencial en el aspecto teleológico.

En sede administrativa ha sido Suay³, primero, y posteriormente Castillo Blanco⁴, quienes reducen a dos las distintas posturas doctrinales que en nuestro país existen en torno a la naturaleza de las sanciones administrativas: a) *Quienes defien-*

¹ QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal» en *Revista de Administración Pública* núm. 126, pp. 253 a 293.

² CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1978, p.78.

³ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 34-49.

⁴ CASTILLO BLANCO, F., *Función Pública y Poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 41-45

den para la sanción administrativa la aplicación de los mismos principios que los que son propios de la sanción penal, dada la identidad sustancial existente entre ambas figuras⁵ y b) Quienes consideran que la sanción administrativa constituye una figura con perfiles propios sustancialmente distinta de las penales. Como recuerda la profesora Lozano⁶, precisamente la necesidad de justificar la descarga al Derecho Penal de gran número de ilícitos a favor del Derecho administrativo sancionador hizo surgir numerosas teorías en Alemania e Italia⁷. Es decir, el proceso de descriminalización no es fruto de una elaborada construcción dogmática que previamente evidenciara dicha necesidad. Por el contrario, razones pragmáticas hicieron surgir la necesidad de buscar argumentos que respaldaran el trasvase de ilícitos penales al ámbito administrativo y con ello una merma en las garantías del justiciable. Tales argumentos pueden sistematizarse del siguiente modo:

1.º Los que consideran que ésta (identidad / autonomía) puede hallarse en la naturaleza de las normas que prevén sanciones y penas (argumento de Derecho Natural).

Entre ellas se encuentran aquellas que afirman que las normas penales regulan ilícitos «naturales» (*mala in se*) mientras que las normas sancionadoras administrativas regulan los ilícitos «formales» (*mala prohibita o prohibita quia mala*).

2.º Aquellas que consideran que el contenido propio de las normas penales y de las normas administrativas sancionadoras viene fijado por la «esencia» de la pena y de la sanción (argumento fenomenológico).

Según Larenz⁸ se debe al filósofo Adolf Reinach la primera aplicación del método fenomenológico al Derecho. Para esta concepción las figuras jurídicas tienen un «ser» con independencia de que los hombres lo aprehendan o no. Estas figuras, ciertamente, existen para los hombres con referencia a un momento temporal concreto pero –conforme al planteamiento fenomenológico– sus *formas estructurales* están apriorísticamente dadas al Derecho positivo que puede o no aceptarlos como «son».

3.º Las que postulan que el legislador está vinculado por las estructuras lógico-materiales (ontológicas).

Dentro de las tesis ontológicas cabría hacer una subclasificación siguiendo a Ferré Olivé⁹:

a) *Distinciones ontológicas en los ilícitos*: Los delitos son ontológicamente distintos a las infracciones administrativas por cuanto los primeros lesionan Derechos subjetivos preexistentes a la norma, mientras que los segundos no son en sí mismos antijurídicos e inmorales, sino creaciones del Derecho a las que se conmina con sanción determinadas conductas peligrosas para la seguridad y el orden público. Entre

⁵ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones...*, *op. cit.*, p. 34.

⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca, «La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad» en Celsa Picó Lorenzo (dir.), *Las fronteras del Código Penal de 1995...*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 1997, pp. 42 a 77

⁷ Un resumen de las mismas puede consultarse en MATTES, H., *Problemas de Derecho penal Administrativo: Historia y Derecho Comparado*, trad. Por José M.ª Rodríguez Devesa, 1.ª edc., Edersa, Madrid, 1979.

⁸ IARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1.ª edic., Ariel, Barcelona, 1994, pp. 134.

⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable: análisis del artículo 350 bis del Código Penal*, Praxis, Barcelona, 1988.

nosotros Cerezo Mir ha señalado como exponentes de esta teoría en Alemania a Goldschmidt, Eric Wolf, Schmidt, Lange, Michels y Bockelmann los cuales consideran que los delitos del Derecho penal Criminal son delitos «naturales per se», de «Derecho Natural» o «metapositivos»; mientras que los delitos administrativos serían «delitos artificiales» o creados «sólo por la voluntad del Estado». Para los defensores de esta distinción el fundamento de la ilicitud de la infracción administrativa no estaría en la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico, sino solamente en la lesión de un interés de la Administración. Esta diversidad antecede a todo Derecho positivo y «por ello está sustraída al arbitrio del legislador» al que no le queda otra opción que reconocerla. En opinión de Mattes¹⁰ el ilícito administrativo alude a una conducta que es «en sí» incolora ético-culturalmente a diferencia del ilícito administrativo –en el cual la conducta es «antisocial» por guardar relación con los valores éticos fundamentales sobre los que descansa el orden jurídico–.

b) *Distinciones en las sanciones (ontológicas o formales)*: Se fundamenta la diferencia en que el injusto, considerado en términos generales y desligándolo de su consecuencia jurídica, es el mismo en el ámbito penal que en el administrativo. Es cuando vinculamos el injusto con su consecuencia jurídica (la sanción) cuando se aprecian las diferencias. Máximo exponente de esta teoría es Tiedemann. Entre los penalistas españoles ha mantenido idéntica postura Quintero¹¹, quien considera la inexistencia de unidad del sistema punitivo estatal por cuanto las penas formalmente son la consecuencia jurídica del delito y, además, por ser un instrumento de Política Criminal afectado por una serie de limitaciones («última ratio», carácter fragmentario, principio de lesividad, finalidad de reinserción, etc.) que no se dan en las infracciones administrativas –a las que se derivan numerosos procesos despenalizadores cuando se quiere aplicar aquellos principios–.

c) *Identidad ontológica en ilícitos e infracciones*: Esta teoría afirma la imposibilidad de establecer diferencia material alguna entre ilícito penal y administrativo. Entre nosotros mantienen esta postura mayoritaria –entre otros– los penalistas Cerezo Mir¹², Ferré Olivé¹³, Gracia Martín¹⁴, Mir Puig¹⁵, Carbonell Mateu¹⁶ y los administrativistas Parejo¹⁷ y Suay¹⁸.

¹⁰ MATTES, H., *Problemas de Derecho penal Administrativo: Historia y Derecho Comparado*, trad. Por José M.ª Rodríguez Devesa, 1.ª edc., Edersa, Madrid, 1979, p.1

¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, pp. 253 a 293.

¹² CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal Español Parte General*, vol. 1, 3.ª edc., Tecnos, Madrid, 1990, p.47.

¹³ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable: análisis del artículo 350 bis del Código Penal*, Praxis, Barcelona, 1988, pp. 20 a 26.

¹⁴ GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas» en S. MIR PUIG/ D. M. LUZÓN PEÑA (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1.ª edc., J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 45

¹⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General*, 7.ª Edición, Reppertor, S. L., Barcelona, 2004, pp. 49-50.

¹⁶ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.ª edc., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 96

¹⁷ PAREJO ALFONSO, L., «El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización» en L. PAREJO ALFONSO/A. JIMÉNEZ BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ (Aut.), *Manual de Derecho Administrativo*, vol.1, 5.ª edc., Ariel, Barcelona, 1998, p. 613.

¹⁸ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones...*, *op. cit.*, p.97.

4.º Los que afirman que ésta resulta de las valoraciones contemporáneas (argumento sociológico).

De entre las mismas destacan las que consideran que tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal son técnicas de control social altamente formalizadas que tratan de «evitar comportamientos sociales que se reputan indeseables», distinguiéndose el primero por contemplar las sanciones en principio más graves –penas y medidas de seguridad (lesividad social)–, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos¹⁹, mientras el Derecho administrativo sanciona los comportamientos de «peligro presunto». De ahí que toda evolución de los valores sociales deba tener su respectivo reflejo en el ámbito que nos ocupa. Es función del Derecho penal la regulación de las infracciones ético-sociales y culturalmente significativas y es función del Derecho administrativo sancionador la regulación de aquellas infracciones de *bagatela*.

También el argumento sociológico ha servido a algunos autores para afirmar la absoluta identidad cualitativa de la sanción penal y la administrativa hasta el punto de calificar como «penal» al Derecho administrativo sancionador y de equiparar cualitativamente los delitos de funcionarios con las sanciones disciplinarias²⁰.

5.º Tesis que consideran que la finalidad de la norma determina la idoneidad de la pena o sanción como medio para alcanzar dichos objetivos (tesis teleológica o directiva).

Según los partidarios de esta postura corresponde al Derecho penal la tutela de *bienes jurídicos* a través de las penas y medidas de seguridad, mientras que la sanción administrativa persigue el *interés* de la Administración. O dicho de otra manera, el Derecho penal tutela el interés general (heterotutela) y el Derecho administrativo sancionador el interés particular de la Administración (autotutela). Entre nosotros defiende esta tesis Silva Sánchez²¹ para quien es erróneo mantener la identidad cualitativa de ambos ilícitos y afirmar el aspecto cuantitativo como única diferencia. Tanto el «sometimiento a un juez» como la «imposibilidad de que la Administración imponga penas privativas de libertad» son criterios diferenciales *cualitativos*. Lo decisivo será para Silva el *criterio teleológico*, persiguiendo el Derecho penal proteger bienes concretos en casos concretos a través de criterios de lesividad o peligrosidad concretos y de imputación individual de un injusto propio; mientras que el Derecho administrativo sancionador tratar de ordenar sectores de la actividad para lo cual no requiere de criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino estadística, por lo que es más flexible tanto en la imputación como en la persecución de infracciones (principio de oportunidad frente a principio de legalidad).

¹⁹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *op.cit.*, pp. 50-51

²⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Madrid, 1997, p. 42

²¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª edc., Cuadernos cívitas, Madrid, 1999, pp. 102 y 103.

1.3 TOMA DE POSTURA

1.3.1 La identidad material de los injustos administrativos y penales

A pesar de sus diferencias todas estas posturas poseen un mínimo común denominador: dan por hecho que es posible deducir de «enunciados de ser» «enunciados de deber ser», problema al que ya hizo referencia Klug indicando «*que la afirmación de que es posible deducir de enunciados de ser enunciados de deber ser, y de una o –la mayoría de las veces– varias premisas de ser, inferir una o varias exigencias de deber ser*» son inferencias entimemáticas²². Si por identidad «ontológica» de ilícitos queremos hacer referencia a que tanto el administrativo como el penal poseen unas «estructuras lógico-objetivas» inmutables y previas a toda regulación jurídica hemos de afirmar que es incorrecto hacer referencia alguna al estatuto «ontológico» de la cuestión. Ya señalaba Lask²³ que todo lo que hace referencia al ámbito del Derecho pierde su carácter naturalista libre de referencia a valores de forma que la elaboración jurídica de un concepto está «teleológicamente teñida». La realidad en sí misma considerada está desprovista de todo valor o desvalor, de manera que sólo la conciencia valorativa añade a las cosas ese tinte axiológico.

Sanción administrativa y pena se caracterizan por ser creación del Derecho, pertenecen no al «mundo del ser» sino al ámbito del «deber ser». En el ilícito la norma desvalora una conducta, situación o resultado sin vinculación alguna con su «naturaleza» asociando a las mismas una sanción o pena. Dicho juicio de valor se corresponde con una opción de Política Criminal de protección de bienes jurídicos, pues como recuerda Bustos «[La teoría del delito] no es algo dado en la naturaleza del ser y por eso mismo, por ser simplemente una construcción [del Derecho], no tiene una legitimación propiamente tal, sino sólo está fundamentado en la necesidad y por tanto es susceptible de constante revisión y crítica de deslegitimación»²⁴. Fuera de la norma no existe el ilícito, sin perjuicio de que desde una perspectiva social o axiológica se considere que determinadas conductas «deberían ser» objeto de control social al poner en peligro la convivencia social y atacar a bienes jurídicos dignos de tutela penal.

1.3.2 Lo injusto administrativo y lo injusto penal como opción de Política Criminal

Junto a éste carácter valorativo de la norma penal algunos autores²⁵ defienden su carácter de «determinación» en tanto que se persigue, a través de la amenaza de un mal, «determinar» o «motivar» la conducta de los ciudadanos a fin de que no cometan delitos. Hasta el momento en que dicha constatación no se plasma en una norma jurídica, ni es posible hablar de sanción jurídica, ni es posible extraer un estatuto

²² KLUG, U., *Problemas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1966, p. 17. Entre nosotros ha mantenido una postura idéntica SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Crítica formal del concepto de omisión», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales (ACPCP)*, III, 1993, pp. 988 y ss.

²³ Citado por LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1.ª edic., Ariel, Barcelona, 1994, p.118.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones...*, op. cit., p. 139.

²⁵ MORALES PRATS, F., «Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional» en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 1.ª edic., Aranzadi, 2001, p. 537.

ontológico punitivo. La plasmación normativa obedece a razones de «Política Criminal» y de técnica legislativa, sin que exista impedimento «en el plano del ser» para que el legislador conceda un mismo o diferente tratamiento jurídico a ilícitos administrativos y penales. No obstante ello, hemos de aclarar que el legislador tiene ciertos límites inmanentes a la «naturaleza de la cosa» que no puede desconocer en el plano *determinativo* de la norma. Así, por ejemplo, Torío²⁶ señala que en el delito de comisión por omisión la naturaleza de las cosas impide exigir –como así se hace respecto de la acción– que la conducta omisiva sea causa efectiva y determinante del resultado, siendo la causalidad en la omisión sólo una hipótesis probable. Únicamente, a través de un axioma normológico de regresión –como el artículo 11 del Código Penal en el ejemplo anterior– es posible una equiparación plena entre ambas que se fundamenta en criterios axiológicos y no ontológicos. El individuo debe, además, ser protegido frente a un Derecho administrativo sancionador o un Derecho penal desmedido. Por ello, desde la teoría del delito en el ámbito penal se ha de seguir indagando en los límites de lo que debe ser objeto de una pena y de los elementos que deben concurrir para que una conducta deba ser merecedora de sanción penal.

En mi opinión tanto la teoría del delito como la teoría de la infracción administrativa han de elaborarse «teleológicamente» al objeto de que cumplan una misión funcional sobre la base de criterios de utilidad. El Estado sólo podrá interferir a través de la sanción o de la pena cuando criterios de protección de bienes jurídicos, culpabilidad y utilidad de la intervención coactiva justifiquen dicha ingerencia. De ahí que considere que sanción administrativa y penal poseen una identidad sustancial o material. Pero en ningún caso hemos de confundir «identidad material» con «identidad ontológica», a pesar de que el rendimiento pragmático de ambos conceptos no difiera en demasía y tengan como común denominador la aplicación al Derecho administrativo sancionador de los límites, Derechos y garantías que rigen en el Derecho penal.

1.3.3 Ilícito administrativo e ilícito penal como manifestaciones del *ius puniendi del Estado*

En el Ordenamiento Jurídico culminado por el Texto Constitucional de 1978 ilícito administrativo e ilícito penal son manifestaciones de la capacidad punitiva del Estado. El hecho de que a los segundos se les venga aplicando los principios y reglas que rigen en Derecho penal obedece a la falta de una regulación general y específica en el ámbito de las sanciones administrativas. Si tenemos en cuenta que la dogmática jurídica penal se ha venido ocupando desde hace siglos de las elucubraciones teóricas que rodean al ilícito penal y a sus consecuencias jurídicas no debemos rechazar, sin más, el «trasvase» o «aplicación matizada» de los principios, reglas y garantías nacidos «desde el Derecho penal», debiéndolos considerar como una Teoría General de Derecho Público que no debe constreñirse sólo al Derecho penal. De hecho, la teoría de la imputación objetiva, de indiscutible generación penalista, se va abriendo en la actualidad hueco en relación con la aplicación del 1.902 del Código Civil para la determinación de si un resultado dañoso puede ser atribuido al actuar doloso o

²⁶ TORÍO LÓPEZ, A., «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización» en *Revista de Derecho penal*, núm. 1, septiembre de 2.000, Lex Nova, p. 17.

imprudente de una persona. Por ello el «saber jurídicopenal» puede resultar sumamente útil a la hora de resolver problemas comunes de otros ámbitos jurídicos que no han sido resueltos expresamente por el legislador. La principal crítica que a ello se ha efectuado es que, en todo caso, lo aplicable serían los principios del Derecho penal pero no sus normas. Si llevamos la teoría de la subsunción a sus últimas consecuencias aquella sería una de las conclusiones a extraer. Sin embargo, la ausencia de «lagunas legales» postulada por dicha teoría es más un deseo de completitud del Ordenamiento Jurídico que una realidad con la que se encuentre el operador jurídico. El sistema jurídico posee lagunas precisamente porque las normas son una simplificación sistemática de una realidad rica en matices y variaciones en la que afloran «casos difíciles» que se resisten a encajar en el presupuesto de hecho previsto por la norma o, simplemente, porque la evolución social ha escapado de las previsiones legislativas (piénsese por ejemplo, en los nuevos delitos cibernéticos). El problema para el operador jurídico surge porque, estando obligado a dictar una sentencia, caso del juez, o a resolver las solicitudes de los administrados, caso del funcionario, a veces se carece de los instrumentos necesarios para abordar el concreto problema que se plantea «aquí» y «ahora». La tarea del jurista se asemeja, entonces, más a la Tópica que a la subsunción, pues de antemano se tiene la solución (por la aplicación de Principios Generales del Derecho, reglas y valores) y se trata de «encajar» dicha solución en concretos preceptos normativos del ámbito – civil, administrativo o penal– de que se trate. Cuando los nuevos problemas que se presentan al aplicador de la norma sancionadora administrativa son los viejos problemas de la dogmática penalista, no existe razón alguna que obligue a «redescubrir la Teoría del Delito desde el Derecho Administrativo»: la ciencia jurídica ha de hacer planteamientos válidos para el saber jurídico sin descuidar la utilidad de los mismos.

El objeto de estudio en el Derecho administrativo sancionador y en el Derecho penal no es, evidentemente, el mismo pero sí existen puntos tangenciales entre la sanción administrativa y la penal que invitan a una reflexión unitaria pues de lo que se trata, en definitiva, es de fijar los límites a la facultad de sancionar –en el sentido más amplio posible del término– que tiene el Estado. Así las cosas, nada empece, el que la propia normativa sancionadora establezca cláusulas de remisión normativa a la Parte General del Código Penal para la resolución de aquellas cuestiones no expresamente previstas en sede administrativa. Esta es la solución que se prevé, por ejemplo, en el artículo 57 del Texto Refundido de Régimen Local al disponerse que: «serán de aplicación a las infracciones de las Ordenanzas, Reglamentos y Bandos los plazos de prescripción que establece el Código Penal para las faltas, sin perjuicio de lo que, en cada caso, establezcan las leyes». Una regulación unitaria –que no unívoca– debería ocuparse, además, de fijar el límite máximo de intervención del Derecho administrativo sancionador que habrá de ser fronterizo con el límite mínimo de intervención penal. El título III del Libro III del Código Penal es un buen ejemplo de ilícitos penales que nunca debieron abandonar el ámbito sancionador administrativo: ¿Cumple el principio de fragmentariedad, *última ratio* y merecimiento de protección penal la pena prevista en el artículo 630 del Código Penal para quienes abandonaren jeringuillas en lugares frecuentados por menores?, ¿Qué concreto bien jurídico se trata de tutelar a través del mismo? En otros casos las «zonas fronterizas» se dan entre el Derecho penal y el Derecho Civil. Se trata de supuestos en que la típica responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1.902 del Código Civil se eleva a la categoría de ilícito penal. La falta prevista en el 631 del Código Penal contiene una conducta típica –el abandono de animales feroces o dañinos– que ya se estudiaba en el Derecho Privado Ro-

mano como supuesto de responsabilidad objetiva y que aún hoy pervive en el artículo 1905 del Código Civil.

Dado que el presente artículo se limita al análisis de algunos aspectos de las relaciones existentes en el ámbito del Derecho público puede afirmarse que la repuesta –administrativa sancionadora o penal– que deba darse a un problema social es previa al Derecho, es una labor de Política Criminal. Corresponde al legislador:

1.º Determinar qué conductas alteran la convivencia social y en qué grado de gravedad resulta ésta alterada.

Podemos afirmar con Rodríguez Ramos²⁷ que con carácter previo a la elaboración de un proyecto legislativo en materia penal se impone un estudio de la realidad social sobre la que la norma va a incidir. En este sentido tanto la sociología jurídica como la criminología tienen un importante papel que jugar en tanto que la norma penal, para ser eficaz, debe estar en proceso de comunicación con los valores sociales imperantes, valores que, por otra parte, no son «objetos fijos e inmutables» sino que están sujetos a una dinámica social, a una mutabilidad valorativa.

2.º Una vez se haya considerado necesario la «sanción» como respuesta a la conducta antisocial deberá decidir a través de qué vías de las disponibles –penal o administrativa– va a actuar (opción legislativa).

Ahora bien, ha de advertirse del peligro que supone dejar al libre albedrío del legislador la opción de descriminalizar ilícitos en el sentido de que sería recomendable *un reflujo de identificación* del ordenamiento penal con el administrativo sancionador. Ello evitaría que el justiciable se vea desprendido de las garantías que le da el proceso penal so pretexto de una menor estigmatización –lo que García-Pablos parafraseando a Hassemer ya denominó ahuyentar al Diablo con Belcebú²⁸–.

Decíamos al comienzo del presente trabajo que la calificación de un acto coercitivo como sanción administrativa o penal –o, más concretamente, negarle tal carácter– no es una cuestión baladí. Conforme a reiterada jurisprudencia constitucional no cabe extender los principios informadores del Derecho penal a ámbitos que no sean los específicos del ilícito administrativo o penal; siendo improcedente la aplicación extensiva o analógica a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de Derechos, si no representan el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador –como el caso de las multas coercitivas– (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 69/1983, de 26 de julio; 96/1988, de 26 de mayo; 136/1988 de 4 de julio y 239/1988 de 14 de diciembre; 164/1995 de 8 de noviembre y Auto del Tribunal Constitucional número 323/1996, de 11 de noviembre).

3.º Releva el ámbito punitivo únicamente para aquellos supuestos en que los otros instrumentos del Derecho resulten insuficientes e ineficaces (principio de subsidiariedad).

Determinado el problema social será preciso elaborar un programa de actuación en términos cuantitativos (costes) como cualitativos (instrumentos necesarios para su puesta en práctica), procediendo a la criminalización o la descriminalización de

²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, t. XXXV, mayo-diciembre 1981, pp. 734 y ss.

²⁸ GARCÍA PABLOS, A., *Manual de Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1995 p. 57.

aquellos problemas sociales que así lo requieran. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en el sentido de indicar que el hecho de que una conducta no sea jurídicopenalmente relevante no excluye su ilicitud en el ámbito administrativo sancionador pues el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal determina que este no tutela todos los ataques a bienes jurídicos. Así, por ejemplo el hecho de que en el ámbito penal la tenencia de drogas para el autoconsumo resulte impune no implica que dicha tenencia deba resultar igualmente impune en el ámbito administrativo sancionador, toda vez no resulta posible trasplantar, aunque sea a efectos hermeneúticos el ilícito penal o las razones que lo determinan al campo del Derecho administrativo sancionador en cuanto es posible que los ilícitos administrativos no reúnan ni los caracteres típicos de las infracciones penales, ni los motivos tenidos en cuenta por el legislador para su inclusión en el Código punitivo.

4.º Hecha la anterior elección y a través del procedimiento de elaboración legislativa constitucionalmente previsto nacen, se modifican y extinguen sanciones administrativas y penales.

5.º La evolución de la sociedad y del propio Derecho penal obliga a una necesidad y continua revisión de las opciones efectuadas.

1.3.4 Las opciones de Política Legislativa

1.º Una conducta puede considerarse únicamente tributaria de reproche administrativo sancionador y considerarse que dicho reproche excluye la posibilidad de sanción en vía penal.

Así, por ejemplo, Ferré Olivé mantiene la existencia de ilícitos administrativos cuyos objetos de protección escapan a la sanción penal, aún cuando el legislador no lo quiera (por ejemplo aparcar mal un vehículo, el incumplimiento de horarios de cierres de establecimientos públicos, etc.)²⁹. Para dicho autor el legislador no es libre de criminalizar cualquier ilícito dado que sólo cabe la criminalización de aquellas conductas que afecten a un bien jurídico (principio de lesividad).

Bustos³⁰, basándose en el principio de lesividad, considera que sólo cabe la tutela penal de bienes jurídicos dado que *es el bien jurídico el que está en la base de la teoría del delito y no la acción* ya que ésta es sólo un elemento objetivo del tipo y lo fundamental es el *proceso valorativo desde el bien jurídico*. Similar es la postura de García Rivas³¹ al desarrollar su teoría constitucional del interés jurídicamente relevante en la que atribuye a la norma jurídico penal una concreta *función* –la tutela de los intereses sociales vitales frente a los desvíos sociales graves– para alcanzar una determinada *finalidad* –la convivencia pacífica de los que conforman la sociedad– a través de *un mecanismo* –el aparato punitivo estatal–, vinculándose la respuesta penal a la noción de «bien jurídico». Considera este autor plenamente aplicables los criterios

²⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable: análisis del artículo 350 bis del código penal*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 24.

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones...*, op. cit., p.138.

³¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Cuenca, 1996.

expresados por Mayer para determinar el campo de acción del Derecho penal. Tales criterios son:

a) *El merecimiento de protección penal del bien jurídico*: El Derecho penal no debe emplearse frente a cualquier vulneración del Ordenamiento Jurídico si existen otros medios jurídicos eficaces para dicha tutela.

b) *La necesidad de protección del bien jurídico*: No todos los bienes jurídicos son objeto de tutela penal, aún cuando tengan una gran importancia en la sociedad, sino que únicamente entra en juego el ámbito penal en aquellos supuestos en que la intervención administrativa, civil, etc. se ha mostrado insuficiente.

c) *Capacidad de protección penal (eficacia de la intervención)*: Sólo cabe la utilización del Derecho penal allí donde la intervención del mismo resulte eficaz.

2.º Una conducta puede ser objeto de sanción administrativa mientras no alcance determinado grado de gravedad a partir del cual puede ser objeto de sanción penal.

El Derecho penal no tutela todos los bienes jurídicos de todos los ataques, sino que en virtud de su carácter fragmentario y del principio de *última ratio*, sólo se tutelan penalmente los bienes jurídicos más importantes y respecto de los ataques más graves (*principio de fragmentariedad* y *principio de lesividad*). Precisamente el «quid de la cuestión» radica en determinar cuáles han de ser los criterios a tener en cuenta en la delimitación de los tipos penales fronterizos con sanciones administrativas.

3.º Una conducta puede al mismo tiempo ser sancionada penal y administrativamente.

Nos encontraríamos ante un concurso de normas en alguna de las siguientes modalidades:

- 3.1 Norma penal común y norma penal especial
- 3.2 Norma penal común y norma sancionadora común
- 3.2 Norma penal común y norma sancionadora de sujeción especial
- 3.3 Norma penal especial y norma sancionadora común
- 3.4 Norma penal especial y norma sancionadora de sujeción especial

Una vez tipificada la conducta como sanción administrativa, como pena o como ambas, corresponde al legislador sistematizar dichos ámbitos punitivos conforme a reglas, principios y normas que eviten que el sistema entre en continuas contradicciones o existan lagunas legales. El problema se plantea cuando el legislador «se ignora a sí mismo» y contempla un doble –a veces triple– castigo por los mismos hechos; situación que el principio *non bis in idem* obliga a resolver. El concurso de normas penales no plantea especiales dificultades por cuanto el artículo 8 del Código Penal contiene los principios y reglas sobre los que deberá operar el aplicador de la norma. Por el contrario, el concurso de normas administrativas sancionadoras carece de precepto que expresamente coadyuve al operador jurídico en su tarea de subsunción en uno de los tipos de infracción administrativa previstos por el legislador.

2. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL

2.1 ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DISTINTIVOS PROPUESTOS

Una vez hemos desechado la cuestión de la «identidad ontológica» entre ambos injustos –administrativo y penal– hemos de analizar dichas figuras desde el punto de vista normativo y aceptar con Quintana López³² que en nuestro ordenamiento jurídico conviven dos principios difícilmente conjugables: La exclusividad punitiva del poder judicial (art. 117 CE) y potestad sancionadora ad extra de la Administración. De hecho, la invocación al principio de separación de poderes ha servido para reclamar el mantenimiento de un bloque de actividad reservada en exclusividad al estamento judicial: la facultad de castigar o penar. Algunos autores, al afirmar la identidad sustancial de ambos ilícitos, señalan como único dato seguro y concluyente de distinción el del órgano llamado a imponer la sanción correspondiente. De manera que si el órgano es jurisdiccional la sanción será penal y si es la Administración quien sanciona habrá que calificar de administrativa la sanción³³. Desde mi punto de vista el criterio del órgano sancionador como delimitador de la naturaleza administrativa o penal del ilícito, siendo un buen indicio de la misma, ni es seguro ni es concluyente. De una parte, si bien es cierto que la Jurisdicción Contencioso-administrativa realiza una función fundamentalmente revisora de la actividad administrativa, la práctica cotidiana pone de relieve que en numerosas ocasiones no sólo se revisa la actividad sancionadora de la Administración sino que, en atención al principio de proporcionalidad unas veces, y otras amparándose en el principio *iura novit curia*, el órgano jurisdiccional en sede Contencioso-Administrativa anula la sanción y, he aquí el problema, no devuelve el expediente a la Administración para que imponga otra, sino que sustituye el criterio administrativo e impone el judicial con una nueva sanción. Tenemos, entonces, que un órgano judicial «no penal» ha impuesto una sanción, eso sí, de naturaleza administrativa.

Puede afirmarse, en segundo lugar, que sólo cuando el órgano que impone la sanción es un juez o tribunal y se integra en el orden penal o, incluso el militar, la sanción impuesta será «de naturaleza penal». Tampoco es éste, a nuestro entender, un criterio exento de crítica. Basta un mero examen a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado o a la Ley Procesal Militar para encontrar ejemplos de medidas disciplinarias «no penales» que pueden imponerse a alguna de las partes en un proceso penal. Un segundo criterio consiste en distinguir el ilícito administrativo del penal atendiendo a la *mayor o menor gravedad*³⁴ de la sanción a imponer en uno u otro caso. Así, quienes defienden este criterio distintivo sostienen que la sanción penal es más grave que la administrativa por la concurrencia de dos factores: la *importancia de los bienes jurídicos* afectados y su *efecto estigmatizante*. Propugnan que mientras la sanción penal por excelencia es la privativa de libertad, la multa que puede imponerse tanto en vía administrativa como penal –y en aquélla en

³² QUINTANA LÓPEZ, T., «El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79 (1993), p. 537.

³³ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *op.cit.*, pp. 50-51.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/ARROYO ZAPATERO, L/GARCÍA RIVAS, N/FERRÉ OLIVÉ, J.C/SERRANO-PIEDRE-CASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ediciones experiencia, Barcelona, 2004, pp.15 y ss.

cuantías superiores a las que pueden imponerse en sede penal– posee un «efecto sociológico» que la hace más negativas que la administrativa.

La principal crítica que podría hacerse a este criterio es utilizar una propiedad «del Derecho que debe ser» y dar por hecho que el legislador se ha ceñido a este criterio valorativo al establecer la norma. La pena privativa de libertad es, sin lugar a dudas, la más grave que puede imponerse en nuestro Ordenamiento Jurídico. Siendo así, y afirmándose que el Derecho penal debe acoger, exclusivamente, el catálogo punitivo más importante, la consecuencia lógica sería que toda sanción privativa de libertad *debería ser* impuesta en el ámbito penal. Una mera lectura del artículo 25 de la Constitución y un vistazo a la legislación reguladora del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas bastan para dar cuenta de la medida en que tal desideratum se cumple en nuestro Derecho positivo: la Administración militar –que, en definitiva, es Administración Pública– puede imponer sanciones privativas de libertad. Lo único cierto es que determinados bienes jurídicos sólo pueden ser eficaz y directamente tutelados frente a un ataque a los mismos *desde* el Derecho penal (v.gr. La vida humana, la libertad, la integridad física o la propiedad). El quid de la cuestión radica en determinar qué ámbito de protección –administrativa o penal– debe efectuarse para la tutela de determinados bienes jurídicos que tradicionalmente han estado extramuros de la tutela penal³⁵. De esta forma viene a afirmarse que los bienes jurídicos penales con una especie dentro del género «bienes jurídicos». Pero además, los bienes jurídicos han de ser protegidos *frente* al Derecho penal en evitación de una desmedida expansión injustificada del Derecho penal.

En cuanto al *efecto sociológico* como nota distintiva de la naturaleza del ilícito cabe señalar por nuestra parte que el mismo depende de la apreciación que tenga cada individuo de la «puesta en escena» que el proceso penal conlleva. No estamos ante un criterio objetivo o descriptivo del ilícito, sino de los eventuales efectos psicológicos que con la realización del ilícito y la imposición de la sanción se relacionan. La única forma posible de «objetivizar» el dato de la «aflicción» sería la investigación empírica, o sea, indagar estadísticamente entre las distintas personas y grupos sociales, pero ello no sirve para explicar el porqué de esa mayor o menor aflicción. El mayor carácter aflictivo que pudiera tener la sanción penal ni se da con la misma intensidad en todos los que cometen hechos delictivos, ni se da en mayor medida en los ilícitos penales que en los administrativos. No existe razón para considerar que la comisión de una falta de hurto y el ulterior desarrollo del juicio de faltas sean determinantes de un sentimiento de mayor aflicción para el imputado que la comisión de una falta disciplinaria muy grave por un funcionario. Es más, existen sanciones administrativas cuya finalidad única o principal es la de producir un cierto «escarnio público», erigiéndose en modernos «sambenitos» que proclaman públicamente la condición de infractor recalcitrante de un determinado sujeto. Tal es el caso de aquellas «medidas complementarias» consistentes en publicar las sanciones impuestas en materia de consumo, como la prevista en el artículo 11 del Real Decreto 1945/1983 de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria: «Por razones de ejemplaridad y siempre que concurra alguna de las circunstancias de riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción, la autoridad que resuelva el expediente podrá acor-

³⁵ NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.

dar la publicación de las sanciones impuestas como consecuencia de lo establecido en este Real Decreto, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa, así como los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas naturales o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones, en el “Boletín Oficial del Estado”, en los de la provincia y municipio, y a través de los medios de comunicación social que se consideren oportunos». Huelga cualquier comentario sobre el efecto de «desprestigio social», la infamia y la merma en la confianza de los consumidores hacia la empresa sancionada que la medida produce y que puede resultar más dañina que una sanción penal de multa.

2.2 LA PAUPÉRRIMA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRENTE AL NOTABLE DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

2.2.1 El concepto normativo de sanción

Si algo ha venido caracterizando especialmente al Derecho penal frente a otras ramas del Derecho es su alto nivel de formalización. El Derecho penal no deja de ser un instrumento de control social altamente formalizado. Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que estas exigencias de formalización han propiciado un notable desarrollo de la dogmática jurídico-penal que se ha preocupado por sentar las bases de la teoría del delito y sobre todo por la incesante búsqueda de la función o funcionalidad del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. De otro lado, el Derecho administrativo sancionador adolece de una teoría general de la infracción administrativa. De hecho, mientras que el término «dogmática jurídica» es moneda corriente en el lenguaje penalista su uso en el ámbito administrativista es poco habitual por no decir prácticamente inexistente. Esto puede tener su origen en el contenido propio de la materia objeto de estudio; de manera que mientras las instituciones básicas del Derecho Administrativo son en cierto modo una «reduplicación» de las instituciones de Derecho privado sobre cuya base se «incrustan y graban unas notorias especialidades consistentes en unos privilegios en favor de la Administración que hacen del Derecho Administrativo un Derecho exorbitante del Derecho Común» (el Derecho Civil), el Derecho penal no fundamenta sus instituciones en el trasvase de un Derecho positivo preexiste sobre el que constituya las especialidades propias de su contenido³⁶. El Derecho penal es un Derecho necesario, mientras que el Derecho Administrativo responde a un concreto modelo que tiene la Administración de relacionarse con otros sujetos. El Derecho penal existe necesariamente en toda sociedad. Todo estado, país o nación posee un Código, Estatuto o Ley que contempla la imposición de penas por la comisión de hechos delictivos. Lo que varía de un país a otro es el contenido de ese catálogo punitivo. Con el Derecho Administrativo no ocurre lo mismo; de manera que, frente a los países que han optado por un modelo concreto de Derecho Administrativo, existen otros en los que la Administración se relaciona con los particulares en una situación de igualdad, sin privilegios o prerrogativas.

³⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Parte general*, 4.ª edc., Madrid 1992, pp. 31 y ss.

El fenómeno de «reduplicación» del Derecho administrativo sancionador ha generado la mayor parte de los problemas teóricos y pragmáticos de la regulación jurídica administrativa al constituir como afirmara Casino Rubio³⁷ «*trasunto del pie forzado que introduce la afirmación de la existencia de un único ius puniendi del Estado y la consecuente incorporación, bien que con matices, al Derecho administrativo sancionador de las técnicas propias del Derecho penal*». Para dicho autor es de destacar el enorme vacío legal existente en relación con los ámbitos siguientes: la definición del binomio infracción-sanción, la tipificación de infracciones y sanciones mediante normas estatutarias dotadas de autonomía (territorial y funcional), la legalidad del empleo de conceptos jurídicos indeterminados en el mandato de tipificación, el error o, en general, las causas de exención de la responsabilidad; la precisión del principio *non bis in idem*, o, en fin, del alcance de los «matices» en la aplicación de los principios del Derecho penal, etc³⁸. Y es que la construcción dogmática del Derecho penal –fundamentalmente, su parte general– ha venido constituyendo para los administrativistas el punto de partida sobre el que construir una teoría de la infracción y sanción administrativa³⁹.

Sin duda, uno de los factores que han imposibilitado la elaboración de una teoría general de la infracción administrativa lo constituye el hecho de que en sede administrativa el legislador ha optado por una elaboración casi casuística, fragmentaria y carente de homogeneidad que únicamente permite la elaboración de principios generales por vía de la deducción.

Entre las carencias de la construcción dogmática del Derecho administrativo sancionador señalaremos las siguientes:

- a) La falta de concreción del concepto de «sanción administrativa».
- b) El alcance de la aplicación de los principios penales al ámbito administrativo.
- c) La exigencia de culpabilidad en los sujetos infractores y el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas.
- d) El tratamiento de los grados de participación en la infracción y de las formas de imperfecta ejecución.
- e) El concurso de normas sancionadoras.
- f) La prescripción y la caducidad.

2.2.2 La sanción penal según Hans Kelsen

Kelsen⁴⁰ concibe la sanción como elemento de carácter *motivador* en el sentido de que el mandato emitido por el legislador, para provocar el efecto previsto por el mismo, ha de asociar a la norma –en tanto signo externo por el que se expresa aquel mandato– una consecuencia de carácter positivo (motivación directa) o una consecuencia negativa para el caso de incumplimiento (motivación indirecta). La sanción

³⁷ CASINO RUBIO, M., «El Derecho sancionador...», *op. cit.*

³⁸ *Ibid.*, p. 343.

³⁹ PEMÁN GAVÍN, I., *El sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 30.

⁴⁰ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1995, pp. 21 y ss.

penal era –según el jurista vienés– originariamente la única existente, identificándose con el castigo y consistente en la privación de un bien (la vida, la propiedad o la libertad⁴¹). Sólo con posterioridad surge otro tipo de sanción de índole civil tendente a compensar la producción ilícita de un daño consistente en la ejecución forzosa o en la privación coactiva de la propiedad. De manera que «la diferencia entre el Derecho Civil y Penal es una diferencia en el carácter de sus respectivas sanciones⁴²». Es decir, la sanción jurídica se caracteriza por ser un instrumento de control social (técnicas de motivación en la terminología de Kelsen) cuyo objetivo es inducir a otros a realizar determinadas conductas –en su vertiente positiva o directa– o a evitar que realicen conductas que se reputan ilícitas –en su vertiente negativa o indirecta–.

Para Kelsen la sanción jurídica es «*un acto coercitivo consistente en la privación de algún bien que se ejerce por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta ilegal*». Desde esta óptica sanción administrativa y sanción penal tendrían idéntica finalidad motivadora y, salvo los supuestos de mayor gravedad en las penas privativas de libertad, materialmente serían indistinguibles. Así, siguiendo la línea kelseniana, y fuera de un contexto procedimental específico, una multa de 600 euros, no sería más que la consecuencia jurídica del incumplimiento de una norma –administrativa o penal– consistente en la privación de un bien (el patrimonio del sancionado o condenado). Bajo este amplio concepto normativo de sanción encajarían los actos de naturaleza civil, administrativa o penal caracterizados por su carácter *reactivo, aflictivo y legal*. La pena –para Kelsen– no es más que una especie dentro del género «sanción».

Frente a la concepción generalizada de que la sanción es una *reacción* frente a un acto delictivo en el esquema kelseniano se produce una inversión de los elementos en relación: un acto es delictivo –norma primaria– porque el Derecho prevé una sanción por su realización⁴³ –norma secundaria–. Lo «antijurídico» no es la negación del Derecho como afirmara primero Hegel y en nuestros días Jakobs, sino que la condición de antijuridicidad viene dada de ser el presupuesto de una sanción. La definición kelseniana del acto antijurídico considera el mismo como «*conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados se dirige la sanción establecida, como consecuencia, en una norma jurídica*»⁴⁴. O dicho de otra manera, la sanción es *consecuencia* de la realización de una conducta *antijurídica*.

2.2.3 Crítica de Hart

Esta concepción laxa de la sanción jurídica va a ser contestada por Hart en el sentido de que la tesis del mandato responde bastante bien a la generalidad de las sanciones penales en las cuales se impone un deber u obligación al destinatario de la misma de cuyo incumplimiento surge aquélla. Difícilmente este esquema sería predicable de aquellas normas que no prescriben conductas sino que confieren potestades y facultades como son aquellas que regulan la forma de hacer testamentos o la elaboración de los contratos. El incumplimiento de tales normas no degenera en sanción,

⁴¹ KELSEN, H., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 58.

⁴² *Ibid.*, p. 58.

⁴³ LARENZ, K., «Metodología...», *op. cit.*, p. 98

⁴⁴ SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 177.

puesto que en ningún modo se compele al individuo a realizar testamentos o contratos en el sentido de imponerle un deber u obligación. La nulidad que lleva aparejado el incumplimiento de las solemnidades legalmente previstas no puede equipararse a la sanción penal. «La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica⁴⁵, cualquiera que sean los deseos de éstos». De ahí que el presupuesto básico para que la consecuencia jurídica prevista por la norma sea considerada «sanción» es que la conducta de la que aquella trae causa suponga el incumplimiento de una norma que impone un deber u obligación. Mientras que el establecimiento de una nulidad «es parte de *la regla misma de ese tipo*, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes⁴⁶».

En opinión de HART el concepto de sanción formulado por Kelsen es excesivamente dilatado hasta el punto de que «*la idea originariamente simple de un mal amenazado o “sanción” ha sido extendida hasta incluir la nulidad de una transacción jurídica; la noción de regla jurídica ha sido restringida hasta excluir las reglas que confieren potestades, como si ellas fueran meros fragmentos de normas*⁴⁷». Una conducta determinada, llamémosla X, considerada no deseable por el legislador puede tener asociada una consecuencia (Y) con la finalidad de motivar indirectamente al destinatario de la norma –en el sentido de que se abstenga de realizar X so pena de aplicar Y-. Generalmente, a este esquema pertenece la mayor parte de las normas que establecen sanciones. Ahora bien, el legislador puede establecer un impuesto (Y) que grave el consumo de tabaco o el alcohol (X) con la finalidad de desalentar su consumo sin que por ello consideremos el pago del impuesto como una sanción.

En el primer caso la consecuencia responde al incumplimiento por parte del destinatario de la norma de una obligación o la realización de una conducta ilícita; mientras que en el caso del impuesto la conducta, a pesar de ser desalentada, no es ilícita ni supone por sí misma el incumplimiento de una obligación. No obstante ello, desde el punto de vista pragmático, la condena al pago de multas por la comisión de ciertas faltas puede ser considerada por su autor como consecuencia necesaria para su realización –en definitiva, el pago de un tributo– si el beneficio que su comisión le reporta es superior a la cuantía de la multa impuesta. Pero lo relevante, en primer lugar, para distinguir cuando estamos en presencia de una sanción es considerarla en términos de «mal» naturalístico, es decir, cuando la generalidad de los hombres considera la consecuencia de la norma como medio aflictivo. El segundo dato relevante es considerar la sanción como consecuencia jurídica de una infracción de la norma. Quien realiza una conducta gravada por un impuesto no está pagando el impuesto como consecuencia de que dicha conducta sea ilegal, sino como correlativo al deber de tributar que establece, a su vez, otra norma jurídica. Sólo cuando éste deber de tributar se incumple podría entrar en juego la imposición de una sanción que, a pesar de traer causa (en términos de causación absoluta) de la realización de una conducta inicialmente lícita, obedece a la comisión de una infracción, al incumplimiento de la obligación de tributar que se asocia a la misma. A nadie se le escapa el hecho de que los ilícitos que encajan en la concepción hartiana de sanción son los administrativos y los penales, por lo que nos encontramos ante *concepto estricto* de sanción jurídica.

⁴⁵ HART, H.L.A., *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 34

⁴⁶ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 61.

2.2.4 Evolución de la teoría del delito

El concepto de delito es, antes que cualquier otra cosa, un concepto en continua evolución e impregnado de los principios y valores sociales imperantes en cada momento histórico. Exactamente lo mismo podíamos afirmar del concepto de sanción administrativa. Estudiar la evolución histórica de la teoría del delito y trazar paralelismos con el desarrollo de una teoría general de la infracción administrativa, con ser labor interesante e ímproba, se excedería del propósito del presente trabajo, no aportaría gran cosa al objeto de nuestra investigación y probablemente aburriría al amable lector. De ello, no obstante, interesa destacar un aspecto de no poca trascendencia práctica. A pesar del notable desarrollo de la noción clásica de «delito» como *acción típica, antijurídica, culpable y penada por la Ley* es harto discutible que todos estos elementos sean considerados por los penalistas cuando en la práctica utilizan el término «delito» hasta el punto de que «hay motivos para creer que la mención de alguno de ellos no es una exigencia para el uso de la palabra “delito” sino una valoración sobre qué hechos pueden ser penados y cuáles no (...). Es probable que si ocurriera como ocurrió [en Argentina] que se establecieran penas para ciertas acciones por vía de decreto, o como ocurrió en la Alemania nazi, que se dictaran normas penales retroactivas, o como en los pueblos primitivos que las normas penales no fueran escritas, los juristas usarían lo mismo el término “delito” para nombrar a las conductas punibles, aún deplorando que lo sean»⁴⁸.

La Teoría General de la infracción administrativa se encuentra hoy día en lo que se ha denominado por Pemán Gavín⁴⁹ como estado de estructuración teórica y legal claramente deficiente. Se sabe dónde se quiere llegar pero existen reticencias a limitar normativamente la potestad sancionadora de la Administración estableciendo una regulación unitaria de todas las infracciones administrativas porque: a) Legalmente no existe un concepto unitario de sanción, b) Se discute si ciertas medidas «aflictivas» tienen o no la consideración de sanción y c) Un Estado de Derecho está cimentado sobre el principio de legalidad y en el sometimiento de todos los poderes estatales al Ordenamiento Jurídico. Pero además, afirmar el carácter democrático y social del Estado (art. 1 CE) e incorporar al Ordenamiento Jurídico las pautas de interpretación que de los Derechos Fundamentales establece la Declaración de los Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país (art.10 CE), determina una restricción del alcance de las normas limitadoras que actúan sobre los Derechos Fundamentales. Esto último se conoce como *fuera expansiva de los Derechos Fundamentales* lo cual implica una interpretación de aquéllas con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales Derechos (STC 159/1986, de 12 de diciembre). Ante tal tesitura y por el ímprobo trabajo que implicaría la sistematización del Derecho administrativo sancionador; su paso por el tamiz de los derechos fundamentales y libertades públicas, y el temor a una pérdida de eficacia del aparato represor administrativo, toda aventura legislativa se emprende con excesivas cautelas.

Ejemplos paradigmáticos de este «miedo cautelar» lo constituyen, de un lado, la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al excluir los procedimientos de exigencia de responsabilidad disciplinaria de los

⁴⁸ SANTIAGO NIÑO, C., *Introducción... al análisis del Derecho*, op. cit., pp.182-183.

⁴⁹ PEMÁN GAVÍN, I., *El sistema...*, op. cit., p. 33.

funcionarios públicos de su ámbito de aplicación (a pesar de que los principios que dicha ley contempla respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria son indirectamente aplicables a aquel tipo de procedimientos al ser mero trasunto normativo de una sólida y reiterada doctrina elaborada tanto por el Tribunal Constitucional⁵⁰ como por el Tribunal Supremo⁵¹). De otro lado, la posibilidad de que la Administración militar (art. 25.3.º CE) pueda imponer penas privativas de libertad y la reserva que el Estado español realizó a la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto del personal sujeto a régimen disciplinario militar⁵².

Dichas cautelas fueron también adoptadas tempranamente por el propio Tribunal Constitucional en relación con la traslación de los principios rectores del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador –llamémosle general– (STC 18/1981). Posteriormente, y tras lograrse una mayor extensión de aquellos principios en virtud de identificar el ilícito administrativo con el penal (con matices cada vez más difuminados) las reticencias se mantienen respecto de las denominadas relación de supremacía o de sujeción especial (hasta el punto de constituir la única excepción a la no aplicación del *non bis in idem*). En la actualidad, la Sala V del Tribunal Supremo, es en mi opinión el último reducto existente en nuestro Ordenamiento Jurídico de una tendencia reacia a interpretar las normas disciplinarias militares en el sentido menos restrictivo de los Derechos Fundamentales y garante de la efectividad de éstos. Arquetipo de estas sentencias de la Sala de lo militar del Tribunal Supremo es la de 7 de marzo de 2000, al considerar como no lesiva del Derecho fundamental a la defensa –art. 24 CE– del Guardia Civil sancionado, la denegación al mismo de estar presente en las declaraciones de dos testigos en fase de instrucción del expediente disciplinario, dado que:

«Las garantías procesales previstas en el artículo 24 de la CE son aplicables al ámbito sancionador administrativo, pero lo son, como señala la importante sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, sólo en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que están en la base del precepto, de tal forma que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias existentes entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo (...) y siempre que tales garantías resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador».

Fácilmente puede colegirse de la *ratio dicendi* de la sentencia criticada el *metus cautelae* al que ya hacíamos referencia y a la omisión interesada de cita de otras sentencias del Tribunal Constitucional que en el ámbito de las relaciones de especial sujeción (presos en instituciones penitenciarias) vinieron afirmando que dicha relación no puede significar la eliminación de los Derechos Fundamentales y que la «justicia se detenga en las puertas de las prisiones» (SSTC 2/1987, 297/1993, 97/1995, 192/1996 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 1984 –caso Cambell y Fell–). Si no existe desde el punto de vista constitucional motivo que jus-

⁵⁰ STC 4/1982(derecho de defensa); SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989 (derecho a ser informado de la acusación); SSTC 2/1987, 190/1987, 212/1990 (derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa); SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989 y 76/1990 (derecho a la presunción de inocencia).

⁵¹ SSTs de 1 de diciembre de 1986, de 26 de diciembre de 1986, de 6 de febrero de 1992

⁵² Al régimen disciplinario militar no le son de aplicación los principios del proceso judicial penal, por lo que tampoco es de aplicación el artículo 6 del Convenio Europeo en la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la medida en que España se reservó la aplicación de los artículos 5 y 6 cuando fueran incompatibles con la regulación que el Consejo de Justicia Militar estableciese para las faltas y sus correcciones (SSTC 21/1981, de 15 de junio; SSTC 44/1983, de 24 de mayo) cit. en JIMÉNEZ BLANCO, Antonio et Al, «Comentario a la Constitución», Madrid 1995, p. 53.

tifique la lesión de Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones que vinculan a la Administración con los presos en instituciones penitenciarias, difícilmente puede defenderse con un mínimo de congruencia el hecho de que «la justicia pueda detenerse en la puerta de los cuarteles». Admitir concesiones en este punto nos obligaría a sumarnos a la afirmación de Clemenceau de que *la justicia militar es al Derecho lo que la música militar es a la música*.

En idénticos términos puede ser criticada la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero de 1999 –relativa también al Derecho de defensa en el ámbito del procedimiento disciplinario militar– porque, tras establecer la regla general de que en el procedimiento administrativo sancionador resultan de aplicación plena las garantías inherentes al derecho a la defensa en la medida en que éstas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador, termina concluyendo:

«Si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24 CE no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal de manera que el mismo ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el *contenido básico del Derecho a la defensa*.»

Para el Tribunal Constitucional este contenido mínimo está integrado por el derecho a ser informado de la acusación (STC 270/1994), el de presunción de inocencia y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (STC 22/1982), así como el derecho a no declarar contra sí mismo, en el sentido que, para la potestad administrativa sancionadora general se recoge en la STC 77/1983. Dicha posición choca frontalmente con la que el propio Tribunal Constitucional venía suscribiendo en Sentencias 21/1981 y 235/1998 de 14 de diciembre en el sentido de que los valores y peculiaridades del ámbito castrense (principio de disciplina y jerarquía) no justifican la modificación o desaparición de la doctrina fijada por dicho Tribunal con relación al artículo 24.1 CE toda vez que *«la extensión de los Derechos Fundamentales a todos los ciudadanos, como Derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la “relación de sujeción especial” en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial»*.

Como viene recordando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la potestad punitiva estatal subyace la necesidad de encontrar un *equilibrio justo* en las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo (por todas Stedh de 29 de octubre de 1999 –caso Brumarescu contra Rumania–).

2.2.5 Concepto constitucional de sanción administrativa

La traslación de los principios del Derecho penal al ámbito Administrativo Sancionador tuvo temprana acogida en nuestro Ordenamiento Jurídico de la mano del Tribunal Supremo en cuya sentencia de 9 de febrero de 1972 precisó:

«Las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-

concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal».

Sin embargo, ya el propio ordenamiento jurídico característico de la etapa preconstitucional venía reconociendo tímidamente algunos de los principios del Derecho administrativo sancionador cuyo máximo exponente se alcanzaría con su consagración en el Texto Constitucional de 1978. El artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 imponía un límite de no poca trascendencia a la Administración en materia sancionadora: la imposibilidad de generar «penas» «y otras cargas similares» a través de reglamentos, circulares, instrucciones o disposiciones administrativas de carácter general, salvo que estuviera expresamente autorizada a hacerlo por una ley votada en Cortes.

La comparación del artículo 1 del Código Penal de 1973 con el artículo 77 de la Ley General Tributaria dotó a los tribunales de una sólida base normativa en la que cimentar la tesis de la esencia unitaria del injusto. Pero va a ser el Texto Constitucional de 1978 el que eleve al máximo rango normativo la vertebración del *ius puniendi estatal* en sus manifestaciones administrativa y penal con expreso reconocimiento a la Administración de una potestad sancionadora.

Artículos claves en esta materia son el artículo 9.3.º (principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables), el artículo 11.2.º (imposibilidad de norma que prive a los españoles de origen de su nacionalidad), el artículo 15 (prohibición de las penas inhumanas o degradantes, así como de las torturas y la pena de muerte), el artículo 25 (principios de legalidad, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, orientación educativa y de reinserción social de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, prohibición de penas consistentes en trabajos forzados, prohibición de que la Administración Civil imponga sanciones privativas de libertad), artículo 45.3.º (tutela del Medio Ambiente a través de sanciones penales o administrativas), artículo 56.3.º (principio de irresponsabilidad del Rey), artículo 102 (responsabilidad criminal del Presidente del Gobierno), artículo 125 (participación de los ciudadanos a través de la institución del Jurado en los procesos penales), artículo 149.6.º (principio de exclusividad competencial legislativa del Estado en materia penal).

En mi opinión, de todos estos preceptos constitucionales dos van a ser la piedra angular sobre los que construir la identidad normativa de ilícito administrativo y penal: el artículo 25 y el artículo 45.3.º. El primero establece una equiparación material entre delito, falta e infracción administrativa en la medida en que cualquier acción u omisión de la que se derive una condena o sanción ha de tener como presupuesto un ilícito penal (delito o falta) o una infracción administrativa. Y lo que es más importante, el derecho fundamental contenido en el apartado 1.º del artículo 25 CE tiene exactamente la misma virtualidad, intensidad y vigencia en uno u otro ámbito. No en vano el propio Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 25 de la Constitución «tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena»⁵³.

Por su parte, el artículo 45.3.º de la Carta constitucional implícitamente reconoce la identidad material entre la sanción administrativa y la penal al fijar que la tutela

⁵³ Sentencia de la Sala 3.ª de 20 de enero de 1987.

del Medio Ambiente podrá dispensarse a través del Derecho administrativo y/o del Derecho penal.

Otro dato relevante puede concluirse de la regulación constitucional del *ius puniendi*: su jerarquización y la acotación de sus límites máximos y mínimos. La sanción más grave existente en nuestro ordenamiento jurídico –abolida la pena de muerte– es la *privación de libertad*. Sólo los órganos judiciales y, en su caso, la Administración militar podrán imponer esta clase de sanciones. Como se verá, a la luz del artículo 25.3.º del Texto constitucional, no es cierto que las penas más graves sean las contempladas por el Código penal⁵⁴, si aceptamos que la privativa de libertad es la más grave de todas las penas previstas en la normativa española. Cuestión distinta es que consideremos que dentro de las penas que tienen el carácter de privativas de libertad, las de mayor duración (o extensión) deberían reservarse a la regulación del Código Penal (al examinar las tipologías de sanciones veremos si la praxis legislativa cumple este *desideratum*) dado que los Derechos y libertades de los ciudadanos se ven tuteladas en el ámbito penal con una plenitud e intensidad desconocida en el seno de los procedimientos sancionadores administrativos (militares).

El Derecho penal cuenta con una definición de delito, *latu sensu*, en el artículo 10 del Código Penal de 1995 complementado con una *delimitación negativa* en el artículo 34.2.º del mismo cuerpo legal. Tal nivel de precisión no existe respecto de la sanción administrativa en la que el concepto de sanción administrativa ha sido elaborado por la doctrina. Se debe al profesor García de Enterría la celeberrima concepción de sanción administrativa como «*cualquier mal infringido por la Administración a un Administrado como consecuencia de una conducta ilegal*»; definición que ha sido completada por el profesor Suay Rincón al indicar que la misma se produce siempre «*a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente repressora*»⁵⁵. La principal consecuencia práctica del concepto de sanción es la determinación de la *competencia jurisdiccional*, o dicho de otra manera, los órganos jurisdiccionales indagan la naturaleza penal o administrativa de un determinado acto jurídico a fin de trazar los límites de la propia competencia.

Fundamentalmente el criterio utilizado en la práctica es el de la definición material de sanción administrativa. Si se trata de un acto de gravamen procedente de una administración pública que ha sido dictado en el curso de un procedimiento Administrativo y que tiende a reprimir una conducta ilegal, entonces la Jurisdicción Contencioso-administrativa es competente para conocer del mismo. De esta forma quedan fuera del conocimiento de este orden jurisdiccional las sanciones impuestas en el seno de una relación laboral (aún cuando el empresario sea una administración pública), las sanciones penales o las de índole civil. Propiamente la sanción es un elemento de un concepto más amplio que, siguiendo el símil del Derecho penal, llamaremos *injusto administrativo* y que presenta el siguiente esquema: como premisa mayor la

⁵⁴ Por su parte COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN entienden que, precisamente, el criterio de la mayor gravedad de las sanciones penales es el único elemento que permite diferenciar el ilícito administrativo del penal COBO/VIVES *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., cit. por RUIZ VADILLO, E., «La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal» en la obra colectiva *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial (XI), 1997, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

⁵⁵ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones...*, op. cit., p. 55.

existencia de un deber jurídico administrativo incumplido (infracción) y su consecuencia, la sanción:

a) *Sujetos*: de un lado tenemos el sujeto que impone la sanción (la Administración) y de otro el que sufre la misma (el administrado). A diferencia de lo que ocurre con el Derecho penal subjetivo (de titularidad estatal) –cuyo ejercicio corresponde a los órganos jurisdiccionales penales integrados en el Poder Judicial– no existe en el ámbito administrativo una única facultad de penar, sino una pluralidad de potestades sancionadoras cuyos titulares son las distintas administraciones públicas o, si se quiere, y dicho de otra manera, existe una titularidad compartida en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Así, son administraciones públicas con potestad sancionadora: la Administración General del Estado, cada una de las administraciones autonómicas, todas y cada una de las entidades que integran la Administración local, las administraciones institucionales (v.gr. Universidades), las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y, por último, las denominadas corporaciones de Derecho público –v.gr. los colegios profesionales, cofradías, federaciones deportivas–, etc.

Junto a las administraciones públicas existen otros órganos de carácter constitucional que desarrollan funciones administrativas materiales, entre ellas la potestad de sancionar a sus funcionarios, –v.gr. el Consejo General del Poder Judicial, el Congreso de los Diputados y el Senado respecto del personal a su servicio–. Se plantea, en primer lugar, si las sanciones impuestas por los mismos en uso de aquella potestad son verdaderos actos administrativos. A ello han respondido García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández que «materialmente» son actos administrativos equivalentes o no a las que normalmente se realizan en la Administración, «pero es evidente que no se trata de actos sometidos al Derecho Administrativo⁵⁶». Y, en segundo lugar, –una vez negado el carácter de actos «formalmente administrativos» ya que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no regula el proceso de formación, desarrollo y extinción de dichos actos (art. 2.º)– se plantea en qué medida les alcanzan las garantías y principios predicados o predicables del Derecho administrativo sancionador.

La circunstancia de que el artículo 3.º letras a) y b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa someta el conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa los actos y disposiciones en materia de personal adoptados por el Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, del Consejo General del Poder Judicial y demás órganos de gobierno de los juzgados y Tribunales, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, es lo bastante significativo como para justificar la aplicación material del régimen de garantías y principios que se ha gestado en el ámbito administrativo sancionador. Pero, correlativamente a la atribución compartida de potestades sancionadoras, dentro de aquellas personas con personalidad jurídica pública algunas tienen reconocida capacidad normativa y, por ende, pueden establecer regulaciones específicas en materia sancionadora (bien a través de una norma con rango de Ley en el caso de las Autonomías, bien por medio de Ordenanzas Municipales caso de los ayuntamientos, diputaciones, cabildos y consells Insulares). Si tenemos en cuenta,

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 8.ª edc., Madrid, 1997, pp. 31 y ss.

además, que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas competencias de carácter exclusivo en determinadas materias –incluidas las respectivas previsiones en materia de sanciones– pronto se evidencia una manifiesta diversificación de la normativa sancionadora administrativa que agrava aún más la situación de ausencia de norma general en la materia.

Interesa en el aspecto subjetivo destacar un dato relevante en la diferenciación entre sanción administrativa y sanción penal: no todo sujeto administrativamente responsable de una infracción puede ser criminalmente responsable de un delito. De una parte, podemos adelantar ya que las personas jurídicas tienen plena capacidad infractora en el ámbito administrativo sancionador, mientras que se les niega capacidad criminal en el ámbito penal —fundamentalmente por las dificultades que plantea imputarles una acción típica, así como reconciliar dicha capacidad con la función motivadora de la norma penal, cuestión sobre la que volveré más veces a lo largo de este trabajo—. De otro lado, y admitida la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito sancionador administrativo, resulta que la Administración puede ser objeto de una sanción que le impone bien un órgano de esa misma Administración, bien un órgano de una Administración distinta.

b) *Objeto*: La sanción administrativa consiste en un «mal» que se impone a un sujeto, es decir, tiene un carácter coercitivo en la medida en que se impone a un sujeto, sin su consentimiento y haciendo uso –si fuera necesario– de la fuerza física. Dentro de la categoría de actos coercitivos la sanción se caracteriza por consistir en la privación de un bien jurídico que el Derecho vincula a la realización de una conducta humana que implica el incumplimiento de una regla de Derecho⁵⁷ ejemplarizante o motivador sobre aquél –o, al menos, pretende obtener dicho efecto–. Como ha dicho el Tribunal Supremo «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (...) se mueve en un contexto intrínsecamente penal»⁵⁸. Podemos hablar así de la existencia de un binomio infracción-sanción característico de las normas penales pero que en materia administrativa sancionadora tiene ciertas peculiaridades. En primer lugar, el propio Tribunal Constitucional en sentencia 164/1995 y Auto número 323/1996 de 11 de noviembre ha declarado 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 respondan verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado» manifestando, igualmente, la improcedencia de extender analógicamente los postulados del artículo 25 CE a ámbitos que no sean los específicos del ilícito administrativo o penal que «aún cuando tengan el carácter de actos restrictivos de Derechos no posean un verdadero *sentido sancionador*» (por todas SSTC 239/1988 y 96/1988). Por ello, lo realmente importante a fin de aplicar el conjunto de garantías del Derecho punitivo estatal lo constituye el núcleo material mínimo irreductible del concepto de sanción: de forma que ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o por el legislador constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los artículos 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables (SSTC 164/1995, FJ 4.º; y 239/1988, FJ 3.º).

⁵⁷ DELLIS, GEORGE, *Droit Pénal et Droit Administratif: L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*; Paris, 1996, p. 29.

⁵⁸ Sentencia de 8 de marzo de 1990 .

Establecido el binomio infracción-sanción como elemento del injusto administrativo, la realidad pone de relieve la existencia de figuras que, siendo formalmente injustos administrativos, carecen de uno de sus elementos esenciales desde el punto de vista material: la sanción a imponer al infractor, hablándose entonces de la existencia de prohibición sin sanción. Al respecto el Tribunal Supremo indicó:

«Es un hecho que, deliberadamente o por simple imprevisión, existen en nuestro ordenamiento jurídico numerosos ejemplos de prohibiciones que por deficiencias técnicas del régimen sancionador u otras causas no han llegado a traducirse en una respuesta de este carácter [sancionador], y no es dable en tales supuestos suplir a nivel jurisdiccional las insuficiencias normativas en esta materia, tratando a toda costa de sancionar comportamientos prohibidos bajo la discutible imperatividad del binomio prohibición-sanción, pues no siempre la eficacia coercitiva de un mandato incumplido o de una prohibición no respetada determina una infracción sancionable, sustituida bien por una ejecución forzosa o por la inoperancia de lo realizado en contra de la prohibición» (SSTS de 29 de enero de 1992 y de 15 de noviembre de 1999).

Puede afirmarse con Suay que «el binomio ilícito-sanción resulta, por consiguiente, absolutamente imprescindible. Sin ilícito no hay sanción y viceversa⁵⁹». Por tanto, no basta con que formalmente una conducta sea reputada ilegal para considerar la existencia de injusto administrativo si materialmente no posee los caracteres inequívocos de la misma. En caso de discrepancia entre la noción formal y la material de injusto administrativo entiendo que en cualquier caso ha de prevalecer el concepto material, toda vez que no resultaría acorde con el Texto Constitucional que la aplicación de los derechos y garantías inherentes a todo procedimiento en el que los órganos del Estado traten de ejercer el *ius puniendi* del Estado dependan de la exclusiva calificación que el aparato legislativo estatal haga de las mismas. En resumen, existe sanción administrativa siempre que concurren los siguientes elementos (contenido mínimo material irreductible):

a) El establecimiento de una obligación jurídica en el seno de una relación administrativa.

b) La vinculación al incumplimiento de dicha obligación de una consecuencia jurídica, caracterizada por:

b.1 Consistir en la privación de un bien jurídico, generalmente de carácter patrimonial.

b.2 Tener aquella privación una finalidad *principalmente* aflictiva, represiva o de castigo (SSTC 239/1988, FJ 2.º, y 164/1995, FJ 4.º). Por ello coincidimos con Suay en que la finalidad de la sanción administrativa es *puramente represora*⁶⁰. Sin que ello imposibilite el concurso de otros fines en la norma tipificadora de la sanción; dado que, como veremos, el fundamento y fines de la sanción administrativa no pueden relegarse exclusivamente al aspecto «represor» o «aflictivo» inherente a toda sanción que, más que un fin en sí mismo, es instrumento mediato para la realización de los fines constitucionales del aparato punitivo estatal⁶¹.

⁵⁹ SUAY RINCÓN J. J., *Sanciones...*, op. cit., p.56.

⁶⁰ SUAY RINCÓN, J. J., *Sanciones...*, op. cit., p.55.

⁶¹ Cfr., en este sentido, MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*. 2.ª edc., Barcelona, 1982 y en especial la p. 41.

En consecuencia, sólo puede reputarse sanción administrativa la que el ordenamiento jurídico establezca expresamente como consecuencia principal o accesoria de la realización de una infracción administrativa o, si se prefiere, *sanción administrativa es la consecuencia jurídica legalmente prevista por la comisión dolosa o imprudente de una infracción administrativa*. No cabe duda de que dejar en manos del legislador la posibilidad de calificar o no como sanción una determinada medida restrictiva de derechos no es conciliable con la tesis garantista que venimos manteniendo. Por ello, lo fundamental es entre los fines de la medida aflictiva esté presente de forma indubitada una «finalidad de castigo» como viene afirmando nuestro Tribunal Constitucional en sentencias 164/1995, FJ 4.º; 239/1988, FJ 3.º y, más recientemente en sentencias números 276/2000 y 291/2000 referidas a recargos del 50 por 100 y 100 por 100, respectivamente, y previstos en el artículo 61.2.º de la anterior Ley General Tributaria. Por ello hemos de indicar que siempre que en una medida restrictiva de derechos la finalidad represiva tenga un peso predominante sobre otro tipo de finalidades, estaremos en presencia de una sanción. Tenemos así una delimitación positiva del concepto de sanción que habrá que completar con una delimitación negativa de la misma, si bien, no es pacífica en la doctrina la exclusión del concepto de todas las categorías que a continuación enumeramos: a) Las cargas procesales, b) Las sanciones que los órganos jurisdiccionales pueden imponer en el ejercicio de la policía de estrados, c) Las Expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, d) Los recargos de apremio y el interés de demora de los procedimientos administrativos tributarios, e) La pérdida de la condición de funcionario a resultas de condena por delito doloso, f) Las multas coercitivas, g) La deducción de haberes de funcionarios en los supuestos de huelga o inasistencia al puesto de trabajo, h) Las medidas cautelares que pueden adoptarse en el curso de un procedimiento administrativo sancionador (suspensión de funciones, precinto de establecimientos, inmovilización de vehículos) i) La retirada de pensión por carecer de los requisitos legales j) La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones surgidas en el seno de una relación jurídico-administrativa distinta de la de empleo público, etc...

2.2.6 La tipificación del ilícito administrativo y del ilícito penal

Una de las principales diferencias formales entre ilícitos administrativos y penales reside en la diferente técnica de tipificación empleada en uno y otro ámbito. De ordinario el injusto penal se contempla por la norma con la descripción de una conducta típica a la que, directamente, se asocia la sanción que su realización conlleva y así el esquema típico de las mismas viene a ser el siguiente:

Descripción de la acción típica: «El que (matere, sustrajere un vehículo a motor (...))»

Sanción Penal: « (...) será castigado a...»

No obstante, en otros casos, el Código Penal describe la conducta típica en un artículo (por ejemplo, la estafa del art. 248) y en otro distinto se prevé la pena del mismo (el 249 del CP en el ejemplo de la estafa) o bien la norma penal hace una remisión en blanco (la infracción de normas de prevención de riesgos laborales en

el art. 316 CP) y se asocia a su incumplimiento (el de normas administrativas) una sanción penal. Pero frente a la tipificación general del injusto penal, en el ámbito del injusto administrativo la fórmula empleada es bien diversa. Para empezar, frente a una regulación prácticamente unitaria y uniforme de las normas penales –excepción hecha del Código penal militar o de los delitos de contrabando, blanqueo de capitales y poco más– el Derecho administrativo sancionador se caracteriza por la *diversidad de normas* que tipifican infracciones y sanciones por sectores de actividad administrativa (así, por ejemplo el tráfico y seguridad vial, el Mercado de Valores, el Urbanismo, el Transporte, la Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales, los tributos y demás ingresos de Derecho público, la Sanidad, el Turismo, la Navegación Aérea, etc.), cada una de las cuales no se limita sólo a establecer el tipo del injusto y su correspondiente sanción, sino que se regulan, incluso, aspectos tan importantes como la prescripción, el procedimiento sancionador, la gravedad de las sanciones, etc. ; aspectos que en mi opinión debieran estar reservados a una norma de carácter general.

La hipertrofia del Derecho administrativo sancionador no puede justificar, de ninguna de las maneras, que dichas normas sectoriales más allá de la tipificación de conductas sancionables, entren en la regulación de aspectos que requieren una sistematización en aras no sólo a una mayor seguridad jurídica, sino también como factor coadyuvante al respeto a los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos. Que no todas las sanciones administrativas de idéntica gravedad estén sometidas al mismo plazo de prescripción; y que las garantías inherentes a los Derechos Fundamentales del presunto infractor no tengan idéntico acomodo en los diversos procedimientos sancionadores especiales, son aspectos de importancia tan acuciada que, por sí mismos, evidencian la necesidad de una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas que regule aquellos aspectos y, en general, los relativos a los sujetos responsables, graduación de las sanciones, circunstancias modificativas de la responsabilidad, tratamiento del error, criterios de imputación objetiva, etc...

Algunos intentos de leyes generales en materia de infracciones y sanciones administrativas han prosperado en nuestro Derecho, pero en lo referente a cierto ámbito de la realidad jurídica. Así, por ejemplo, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social –actualmente acogida en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de agosto– y la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, intentan en sus respectivos ámbitos sistematizar y homogeneizar el régimen de infracciones y sanciones para paliar la dispersión normativa y heterogeneidad propiciada por la normativa existente hasta entonces⁶².

Por consiguiente, dada la hipertrofia del Derecho administrativo sancionador, establecer una clasificación de las infracciones y sanciones administrativas existentes en nuestro Derecho positivo exigiría, sin género de dudas, un tratamiento monográfico del tema que desborda, con mucho, las pretensiones del presente trabajo de investigación. Con pretensiones algo más modestas, trataremos de establecer una clasificación de las sanciones existentes en el ámbito disciplinario.

⁶² Véase, respecto de las infracciones y sanciones en el orden social, BLASCO PELLICER, A., *Sanciones Administrativas en el Orden Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 71.

3. LAS MANIFESTACIONES PUNITIVAS DEL ESTADO Y SUS CLASES: SANCIÓN PENAL, SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIÓN DISCIPLINARIA (SANCIONES DE DERECHO PÚBLICO)

3.1 Marco general

Clásica es la clasificación que atendiendo al tipo de relación que vincula al sancionado con la Administración, clasifica las sanciones en: a) *Sanciones de policía general o de orden público* (Impuestas por el Consejo de Ministros, Ministerio del Interior, Delegados del Gobierno y Alcaldes) y que han sido objeto entre nosotros de una histórica tradición como destaca Garrido Falla⁶³, b) *Sanciones de policía especial*, que impone la Administración en el seno de determinados sectores de la actividad administrativa (tráfico, urbanismo, caza, pesca, mercado de valores, transportes, etc.) y c) *Sanciones de sujeción especial*, impuestas por la Administración a ciertas personas especialmente vinculadas a la misma (funcionarios, estudiantes, enfermos de establecimientos sanitarios públicos, penados en instituciones penitenciarias, etc.). Posteriormente, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández simplificaron el panorama clasificatorio en dos especies de sanciones administrativas: las que tutelan el *orden social general* y aquellas otras que en las que la Administración tutela su *organización y orden interno*.

Dada su gran utilidad pedagógica, esta simplificación obtuvo buena acogida entre la doctrina y jurisprudencia; desarrollándose una teoría de las sanciones administrativas de orden general y de las sanciones administrativas de sujeción especial, de recurso frecuente por los órganos jurisdiccionales para justificar una atenuación en la aplicación de los principios rectores del Derecho penal. Empero el valor científico de la misma ha decaído en la actualidad –de hecho en su actual Curso de Derecho Administrativo los autores ni la mencionan– por dos factores, primordialmente. Uno de ellos es la dificultad práctica de distinguir cuando estamos en una relación de sujeción especial por la amplitud con la que dicho concepto fue acogido por la jurisprudencia⁶⁴ dejando a las relaciones de orden general casi con un carácter residual. El segundo factor radica en que, superadas las *zonas constitutivas de inmunidades de poder*⁶⁵ tras la Constitución de 1978, la Administración está *plenamente* sometida en su actuación al principio de legalidad y al control judicial (arts. 9, 103 y 106 CE).

Sin embargo, afirmar que la entrada en vigor del Texto Constitucional supuso el abandono del panorama «prebecariano» del Derecho administrativo sancionador y de sus arcaicas fórmulas es una exagerada simplificación.

Como ha afirmado entre nosotros García Macho⁶⁶ la Constitución no ha supuesto la desaparición de las relaciones de especial sujeción, por el contrario, en la misma encontramos continuas referencias implícitas a la misma (arts. 25.2.º, 28.1.º, 29.2.º, 53.1.º, 103.3.º, 104.2.º, 122,124.3.º CE). Sin embargo, la entrada en vigor de la CE

⁶³ GARRIDO FALLA, F., «Los medios de policía y la Teoría de las sanciones Administrativas» en *Revista de Administración Pública*, Año X, núm. 28, enero-abril, 1959.

⁶⁴ Al respecto vid. GARCÍA MACHO, R., «Sanciones Administrativas y relaciones de especial sujeción» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, octubre-diciembre 1991.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid, 1995, p. 62.

⁶⁶ GARCÍA MACHO, R., «Sanciones Administrativas y relaciones de especial sujeción» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, octubre-diciembre 1991.

supone la necesaria reformulación del concepto desde el principio de interpretación de todo el Ordenamiento jurídico *conforme a la Constitución*.

Tras casi diez años de vigencia constitucional del concepto de relación de sujeción especial como justificación de la merma de garantías, principios y derechos fundamentales de los que en el seno de la misma se encontraban, el Tribunal Constitucional marca el punto de inflexión con la STC 61/1990, de 29 de marzo (caso de la revocación de licencia de detective privado), secundada por STC 120/1990 (caso huelga de hambre de los GRAPO) hasta una consolidación definitiva con la STC 234/1991 de 10 de diciembre. Se ponía así límite a la matización de los principios rectores del Derecho penal que obliga en cuanto aplicables a sujetos insertos en estas relaciones, sobre las siguientes bases:

1.º La plena vigencia de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 24, 25 y 26 del Texto constitucional.

2.º La búsqueda de un equilibrio entre la vigencia de tales derechos y garantías con la especial naturaleza del vínculo que une a dichos sujetos con la Administración sancionadora y que obliga a respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Tras estas significativas sentencias el Tribunal Constitucional utiliza el concepto de «relación de sujeción especial» de manera más restringida y refiriéndose casi exclusivamente a sanciones impuestas en el ámbito penitenciario⁶⁷.

Otra clasificación posible⁶⁸ de las sanciones administrativas es la que distingue entre *sanciones de policía general* (v.gr. las impuestas por razón de la seguridad ciudadana u orden público), *sanciones de policía especial* (que surgen por la especialización de las anteriores en sectores como el Urbanismo, la Sanidad, el Tráfico, etc.) y *sanciones disciplinarias* (impuestas por la Administración en tanto organización a fin de disciplinar su funcionamiento interno).

Sin adelantar aún el concepto que propugnamos de sanción disciplinaria, conviene precisar que reconducir el *ius puniendi* del Estado a una doble manifestación (administrativa y penal) es una enorme simplificación de la realidad. En mi opinión, resulta evidente de que junto a la manifestación administrativa y penal aparece una *tercera vía* a través de la cual el *ius puniendi* del Estado se manifiesta sin impregnarse de un tinte administrativo o penal. En este caso el titular de la potestad sancionadora no es un ni un órgano integrado en el aparato Administrativo del Estado, ni un órgano integrado en el Poder Judicial. Sin duda, las sanciones impuestas por los órganos constitucionales al personal que sirve en los mismos constituyen una tercera manifestación del *ius puniendi* estatal distinta de las anteriores y con sustantividad propia. Poseen también sustantividad propia las sanciones a los intervinientes «en los pleitos y causas» cuya imposición se prevé en el título V del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁹. De ahí que considere que la potestad o, si se prefiere, el poder punitivo del Estado tiene una triple manifestación: el Derecho penal, el Derecho admi-

⁶⁷ Véanse, entre otras, las SSTC 35, 48, 127, 170 y 192 de 1996; 60 y 175 de 1997; 58/1998; 141 y 188 de 1999; 188 y 175 de 2000) y dos al ámbito militar (las SSTC 31/2000 y 103/2000).

⁶⁸ Esta es la realizada por PAREJO ALFONSO/JIMÉNEZ BLANCO/ORTEGA ÁLVAREZ en *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, Barcelona, 1998, pp. 617 y ss.

⁶⁹ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ J. L., «La buena fe procesal y las sanciones a letrados y a otros en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: cuestiones de constitucionalidad» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año X, núm. 465, 14 de diciembre de 2000.

nistrativo sancionador (que engloba las sanciones que la Administración impone a sus funcionarios) y un conjunto de sanciones impuestas por órganos estatales no penales ni administrativos a las partes intervinientes en un proceso judicial.

A efectos del presente estudio por sanciones disciplinarias de Derecho público vamos a entender aquéllas de naturaleza penal y administrativa que tienen por destinatario a un funcionario público.

3.2 INJUSTOS DISCIPLINARIOS CIVILES E INJUSTOS DISCIPLINARIO MILITARES

El mandato constitucional al legislador de redactar un Estatuto Básico de la Función Pública no es una realidad tras casi treinta años de vigencia de nuestra Carta magna. La actual regulación básica del régimen disciplinario de los funcionarios públicos se encuentra en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y únicamente hace referencia a la tipificación de las faltas muy graves. Los restantes aspectos de dicho régimen es regulado de forma dispersa y asistemática por normas de distinto rango y procedencia.

Los funcionarios civiles de la Administración General del Estado se rigen en cuanto a su régimen disciplinario por lo dispuesto en el capítulo VII del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986 de 10 de enero, normas que resultan supletoriamente aplicables a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas.

A este ya de por sí complejo bloque normativo tendríamos que incorporar aquellos injustos disciplinarios creados en normas *extravagantes*; leyes cuyo objetivo primordial no es la regulación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pero crean en su articulado nuevos injustos administrativos no contemplados en la normativa general. *Ad exemplum*, el artículo 4 de la Ley 8/1989 de 13 de abril, de Tasa y Precios Públicos dispone: «*Las autoridades, los funcionarios públicos, agentes o asimilados que de forma voluntaria y culpable exijan indebidamente una tasa o precio público, o lo hagan en cuantía mayor que la establecida, incurrirán en falta disciplinaria muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudiera derivarse de su actuación*»⁷⁰.

Si consideramos que conforme al artículo 149.1.18.º CE es de la exclusiva competencia del Estado el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios en la medida en que ello garantiza a los mismos un tratamiento «común» ante las Administraciones Públicas de cualquier nivel; y además, que el artículo 31 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública contiene un catálogo de las conductas que constituyen muy graves, no podemos por menos que dudar de la constitucionalidad de aquellos preceptos extravagantes que crean nuevas faltas muy graves. Y ello no sólo porque consideremos que la regulación de las bases del régimen esta-

⁷⁰ En términos similares el artículo 3 de la ley 10/1999 de 13 de mayo, por la que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias tipifica dicha conducta como falta disciplinaria muy grave.

tuario tenga una relevancia tal que deba ser objeto de un tratamiento homogéneo en su regulación para todos los funcionarios públicos con independencia de la administración u órgano al que prestan sus servicios; sino porque la creación de nuevos injustos administrativos que inciden en derechos fundamentales exige una motivación suficiente de las razones de Política Criminal que subyacen en la medida. De otra parte, se plantea una cuestión sobre la necesidad de que aquellos injustos administrativos que incidan en la esfera de los Derechos Fundamentales de la persona –y aquellas sanciones muy graves como la separación del servicio– inciden sobre los mismos– sean objeto de regulación a través de ley orgánica.

Esta primera clasificación, más allá de su formulación teórica, presenta aspectos prácticos de notable incidencia en los derechos fundamentales pues sólo en el ámbito administrativo militar pueden ser impuestas sanciones privativas de libertad (art. 25.3.º CE).

A) *Injustos disciplinarios civiles*: Son aquellos que tienen como sujetos pasivos de la potestad disciplinaria a alguna de las siguientes clases de funcionarios:

a) Funcionarios de la Administración Civil del Estado y de sus Organismos Autónomos.

b) Funcionarios de cada una de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de sus Organismos Autónomos.

c) Funcionarios de cada una de las Entidades que integran la Administración Local y de sus Organismos Autónomos, dentro de los cuales distinguimos a Funcionarios propios y Funcionarios con habilitación nacional).

d) Funcionarios al servicio de las Cortes Generales que, a su vez, se subdivide en funcionarios al servicio del Congreso de los Diputados y funcionarios al servicio del Senado.

e) Funcionarios al servicio del Consejo General del Poder Judicial, dentro de los cuales distinguimos los que lo hacen a título de servidores de órganos estatales directos (Tribunal Supremo y Fiscalía General del Estado) y los que lo hacen a título de servidores estatales indirectos (Jueces y Magistrados, de una parte, y de otra los funcionarios integrados en el Ministerio Fiscal).

f) Funcionarios de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, Oficiales de Justicia, auxiliares y agentes de Justicia, médicos forenses).

g) Personal Estatutario al Servicio de la Administración de la Seguridad Social.

h) Funcionarios al servicio de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

i) Funcionarios al servicio del Tribunal Constitucional

j) Funcionarios al servicio del Consejo de Estado.

k) Funcionarios al servicio del Tribunal de Cuentas

l) Funcionarios integrados en las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad, subdivididos, a su vez, en funcionarios de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Estatal, Autonómica y Local. Dentro de los Funcionarios de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatal los hay integrados en el Cuerpo Nacional de Policía y en la Guardia Civil (no obstante, como veremos éstos últimos tienen estatuto militar).

m) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

Los injustos administrativos disciplinarios son susceptibles de ser clasificados atendiendo a criterios de naturaleza muy diversa, a semejanza de los delitos. Así, caben infracciones por acción, por omisión e, incluso, comisión por omisión; de peligro concreto, de peligro abstracto, de resultado, etc. No obstante ello, la clasificación legal general las denomina «faltas» y las escalona en tres niveles: *faltas muy graves, graves y leves*, estableciéndose en ámbitos muy específicos unas clasificaciones adicionales como las « causas de sanciones disciplinarias extraordinarias» del artículo 17 y siguientes de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

b) *Injustos disciplinarios militares*: Son aquellos que articulan las infracciones y sanciones que la Administración militar puede imponer a quienes tengan la condición de personal militar.

Las sanciones que pueden imponerse en el ámbito castrense se encuentran reguladas en las siguientes normas:

– Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

– Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

3.3 LAS CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y SU CORRELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

3.3.1 Privativas de libertad

Si decíamos de la sanción de multa que la misma era por definición la sanción típica del Derecho administrativo, lo propio hemos de aseverar de las penas privativas de libertad respecto del ámbito penal. Su recurso está vedado a la Administración civil por imperativo constitucional, relegándose su empleo al ámbito castrense. Frente a una restrictiva interpretación del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de lo que había que entenderse por medidas privativas de libertad (SSTS Sala 5.^a de 10 de octubre de 1995 y de 2 marzo de 1994 entre otras) ha terminado imponiéndose la tesis del Tribunal Constitucional de que entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias, por lo que el arresto domiciliario ha de entenderse incluido dentro de aquellas medidas que suponen privación de libertad (SSTC 98/1986, 31/1985, 61/1995 y 14/1999 todas ellas en línea con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de Junio de 1976 –caso Engel–).

Dentro de estas medidas que inciden inequívocamente en el Derecho fundamental a la libertad y, a pesar de que entre libertad y detención no existen zonas grises o intermedias, lo cierto es que desde una privación de salida de la Unidad hasta el arresto en establecimiento disciplinario existe una agravación *in crescendo* del carácter sancionador de la medida.

Las medidas que el ámbito disciplinario militar afectan a la libertad del sancionado son las siguientes:

Por la comisión de faltas leves:

– *Privación de salida de la Unidad hasta ocho días*: Que implica una limitación de la libertad deambulatoria del sancionado por cuanto terminado su servicio no podrá ausentarse de su Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento.

– *Arresto en domicilio o Unidad (de 1 a 30 días)*: El artículo 13 utiliza un eufemismo –medida «restrictiva de libertad»– para referirse a una sanción que, al igual que la contemplada en el artículo 14, es claramente una medida «privativa de la libertad».

Si el arresto se cumple en la Unidad y su extensión no excede de ocho días, será sólo el *nomen iuris* empleado el único criterio que permitirá indicar qué tipo de medida se está aplicando. La consideración de que el arresto domiciliario ha de reputarse, sin fisura alguna, como medida privativa de libertad tiene consecuencias pragmáticas de gran calado de orden constitucional, procedimental y sustantivo. En primer lugar, porque al quedar claro que la medida disciplinaria incide directamente sobre el Derecho contemplado en el artículo 17 CE, cuando de la aplicación indebida de una sanción administrativa militar se derive la vulneración de un Derecho fundamental cabe tutelar dicha lesión a través de las vías previstas en el artículo 53 CE –en vía ordinaria o por la preferente y sumaria–. Pero además, en orden al acceso a recursos jurisdiccionales queda expedida la vía del recurso jurisdiccional contra la imposición de una sanción por la comisión de una falta leve, dado que el artículo 468, b) de la Ley Procesal Militar veda el acceso al recurso contencioso disciplinario contra los actos que resuelvan recursos por falta leve salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario preferente y sumario –esto es, que lesione derechos fundamentales del sancionado⁷¹–.

Abierta, ahora, la vía del recurso cabe instar la suspensión de la ejecución de la sanción tanto al Tribunal Constitucional, en amparo, como ante la Jurisdicción militar, por el procedimiento preferente y sumario regulado en el título V de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Reconocida, en su caso, la indebida aplicación de la medida cabe reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración militar –y también de sus autoridades y funcionarios– por una lesión que el propio Tribunal Supremo señala que es tan gravosa para el que la padece que constituye *un axioma* el daño generador de la responsabilidad patrimonial (STS de 15 de abril de 1999 [F. 4.º] con citas de otras muchas del Tribunal Supremo). No se reconoce, por el contrario, que de dicha incorrecta utilización de las facultades disciplinarias pueda generarse responsabilidad penal de la autoridad o militar que las impone, como recuerda la STS (Sala 5.ª) de 8 de Julio de 1993.

Planteado el arresto como medida reaccional que priva al militar sancionado del ejercicio de un derecho constitucional, deben ponderarse los intereses en juego, la libertad deambulatoria de una parte y, de otra, los principios de jerarquía, disciplina y mando inherentes a la organización militar. La pregunta que debemos formularnos es: ¿En qué medida es necesaria la reacción con sanción privativa de libertad frente a ataques a la organización militar? La respuesta que se dé a esta cuestión ni *debe* ni *puede* ser distinta de la que se ha dado desde el Derecho penal. Principios inherentes

⁷¹ La Sala 5.ª del TS en STS de 17 de abril de 2000 desestimó la interposición de cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 468.b) y 478.b) de la Ley Procesal Militar al entender justificada la restricción de la tutela judicial efectiva del personal militar por ser necesaria para la consecución de otros objetivos constitucionalmente reconocidos como el de preservar los principios rectores de la organización y funcionamiento de los ejércitos, radicados sobre todo en la disciplina, acusada jerarquización y cohesión interna.

a esta disciplina y, en general, al campo del Derecho administrativo sancionador, como el de necesidad de tutela del bien jurídico, el de lesividad, última ratio y proporcionalidad de las sanciones no pueden ser omitidos en el ámbito disciplinario, siquiera el militar, bajo el pretexto de la existencia de una relación de sujeción intensa o supremacía especial. Por eso, debemos defender rotundamente la inexistencia de motivos que justifiquen una matización añadida a la ya matizada aplicación de los principios punitivos del Estado democrático, que no olvidemos también lo es de Derecho. Dada la existencia de medidas sancionadoras más proporcionadas al daño o lesión causados por la infracción disciplinaria militar, como por ejemplo una sanción de multa de haberes en el caso de faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo para las graves y muy graves, y la pérdida de la condición de militar para las muy graves, no puede legítimamente convertirse a las medidas privativas de libertad en la «primera ratio» del régimen disciplinario militar. Frente a los ataques más graves a la disciplina militar y atendiendo, igualmente, a las peculiaridades ínsitas en dicho régimen existe un Derecho penal militar al que remitir la aplicación de las sanciones más graves. Siendo administrar y juzgar funciones distintas pero complementarias, lo lógico dentro del ámbito disciplinario militar sería coordinar y hacer más coherente con los postulados constitucionales el ejercicio del *ius puniendi* sobre los ciudadanos que se integran en el ámbito de relaciones de sujeción especial. Y es que los sancionados en este ámbito antes que militares son ciudadanos y por encima de esta última condición son seres humanos, titulares de derechos fundamentales universalmente reconocidos. Sólo desde una respuesta punitiva coherente en sus fundamentos y límites es posible compatibilizar el cumplimiento eficaz por parte de la Administración de los fines que constitucionalmente tiene atribuidos con el respeto a los derechos y libertades de quienes son objeto de la potestad sancionadora.

Por la comisión de faltas graves:

– *Arresto en establecimiento disciplinario militar (de un mes y un día a dos meses)*, medida que supone un mayor aislamiento del sancionado en la medida en que el mismo impide participar en las actividades de la Unidad (art. 14).

– *Pérdida de destino*, consistente en el cese del sancionado en el destino ocupado estando imposibilitado el mismo de instar durante dos años nuevo destino en la Unidad, localidad o demarcación territorial específica de los Ejércitos a la que pertenecía cuando fue sancionado. Prácticamente supone un traslado forzoso que puede o no implicar el cambio de residencia según afecte al ámbito de una Unidad, o una localidad o demarcación específica.

3.3.2 Privativas de Derechos

3.3.2.1 SEPARACIÓN DEL SERVICIO

Se trata, sin género de dudas, de la sanción más grave que puede imponer la Administración civil. Estamos en presencia de una auténtica «muerte civil» del funcionario que puede imponérselo con carácter perpetuo por la comisión de faltas muy graves y que implica la pérdida de la condición funcionarial [art. 37.1.º, c)]. En el ámbito penal conllevan idéntica privación de la condición de funcionario público las penas previstas en los apartados 2.º, letras b) y c) y 3.º, letra b) del artículo 33 del Código Penal. No obstante, los efectos prácticos de la naturaleza administrativa o

penal de esta sanción residen en la dicción del artículo 30, letra e) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, según el cual « para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración será necesario (...) no haber sido separado mediante expediente disciplinario, del Servicio del Estado o de la Administración Local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas». De manera que pérdida la condición de funcionario a consecuencia de expediente disciplinario no puede ingresarse de nuevo a la Función Pública –salvo los supuestos de rehabilitación previstos en el artículo 37 de la LFCE en la modificación introducida por el artículo 105 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre⁷²–. Si dicha pérdida viene motivada por una condena penal de inhabilitación especial o absoluta los efectos son más beneficiosos para el penado⁷³. De entrada, se pierde la condición de Funcionario Público con idéntica posibilidad de rehabilitación que en la sanción administrativa, pero cumplida la condena y, por ende extinguida la responsabilidad criminal, el funcionario ya no se halla inhabilitado para participar nuevamente en procesos de ingreso en la Función Pública.

Frente a una *sanción administrativa* de extrema dureza como es la inhabilitación *sine die* para acceder nuevamente a la Función Pública (auténtica sanción perpetua) la *sanción penal* aparece más respetuosa con los fines constitucionales de la pena y con el principio de proporcionalidad en la aplicación de las mismas. En el supuesto más grave de inhabilitación absoluta ésta tendrá una duración máxima de 20 años y ni uno más. A pesar de su extrema dureza los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo han venido suavizando su aplicación sustituyendo el criterio de la Administración por el suyo propio. Y así, ante la tesitura de tener que declarar la nulidad de una sanción que consideran excesivamente dura o declarar el acto conforme a Derecho a fin de dictar una sentencia congruente con las peticiones de las partes, el Tribunal Supremo entiende –basándose en el principio *iura novit curia*– que puede proceder directamente a la formulación del referido juicio de reproche administrativo «dentro de los límites que impone el respeto a la esencialidad del hecho infractor (...) la imposición de sanción de menor gravedad, aunque de la misma naturaleza (suspensión) que una de las alternativamente previstas para el tipo infractor, y la aplicación de un tipo homogéneo que no es sino una especificidad fáctica de menor contenido que la más calificada del abandono del servicio⁷⁴».

⁷² La posibilidad de *rehabilitación* en la función pública estaba prevista antes de la reforma operada en 1996 en el artículo 27 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, pero únicamente cuando la pérdida de la condición de funcionario tuviera su origen en la renuncia del funcionario, la pérdida de la nacionalidad española, la sanción disciplinaria de separación del servicio o por incapacidad sobrevenida por condena por delito doloso. No cabía, por tanto la rehabilitación, en el supuesto del artículo 24,d) (pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para el desempeño de cargos públicos).

⁷³ La pérdida de condición de funcionario en tales casos no constituye sanción administrativa, al no ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de una obligación jurídico administrativa como la definíamos en la p. 42, sino de la aplicación del artículo 37.1.º.d) y 2.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que tras la modificación operada por Ley 13/1996 de 30 de diciembre, indica como causa de pérdida de la condición de funcionario la «pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta» incluyéndose como causa que provoca dicha pérdida respecto de las penas de inhabilitación especial relacionadas con el ejercicio de las funciones correspondientes.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 9372/1992 de 31 de enero de 1995 (FJ 6.º) y en términos similares STS 7173/1992 de 8 de abril (FJ. 6.º). Frente a estas sentencias, en la STS núm. 3734/1998 de 3 de abril se contempla un supuesto en el que se anula, por excesiva, una sanción de separación del servicio y se impone a la Administración demandada la obligación de imponer nueva sanción al expedientado.

3.3.2.2 SUSPENSIÓN DE FUNCIONES

A imponer por la comisión de faltas muy graves o graves y por tiempo que va de un día a tres años (faltas graves) a los tres años y un día hasta seis años (faltas muy graves). Tratándose el funcionario de un miembro de la Carrera Fiscal, del Cuerpo de Secretarios Judiciales, del Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia o personal militar la suspensión de empleo será de 1 mes hasta 1 año. Tratándose de un juez o magistrado el tiempo máximo será de tres años. Idéntica duración máxima tendrá la suspensión si el funcionario sancionado pertenece al Cuerpo de Médicos Forenses de la Administración de Justicia. También cabe trazar un paralelismo entre esta sanción administrativa y sus correlativas de naturaleza penal. Y así, el artículo 33 CP prevé la pena de *suspensión de empleo o cargo público como pena grave* cuando es impuesta por tiempo superior a 3 años [33.1.º.d) CP], y como pena *menos grave* cuando aquélla no excede de tres años [33.3.º.b) CP].

Ante la evidencia de que la pena de suspensión más grave que puede imponerse –como principal– en el curso de un expediente administrativo disciplinario (hasta seis años) es exactamente la misma en el ámbito penal (hasta 6 años, art. 40 CP) se pone en tela de juicio por nuestra parte la constitucionalidad de la medida administrativa. Si no existen motivos para negar que los fines de la pena y sanción administrativa son coincidentes en lo esencial y diferentes en cuanto a la gravedad de las penas (diferencia cualitativa) no resulta justificado en modo alguno que la Administración, que en definitiva es juez y parte en el expediente sancionador, imponga a un funcionario una sanción exactamente idéntica (en cantidad y calidad) a la que imponen los jueces y con menores garantías para el sancionado.

De la suspensión de funciones como sanción (firme) la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE) distingue una suspensión provisional, auténtica medida cautelar, que puede ser adoptada durante la tramitación de expediente disciplinario o del procedimiento judicial penal del funcionario. Si la medida preventiva obedece a la incoación de expediente disciplinario su duración no podrá extenderse de seis meses de conformidad con el artículo 49.2.º LFCE, guardándose el más absoluto silencio respecto del tiempo de duración máxima de la suspensión provisional cuando ésta se derive de la sustanciación de un procedimiento penal. Silencio de la Ley quebrado por el artículo 24 del RD 33/1986 que permite prolongar la suspensión durante todo el procesamiento penal más allá de los seis meses. Para el Tribunal Constitucional el supuesto de suspensión provisional es una auténtica medida cautelar determinada por una decisión judicial – el procesamiento– y que posee un carácter accesorio y subsidiario « para el caso de que el juez no lo hubiera dispuesto así «negándosele naturaleza sancionadora o disciplinaria a la misma por carecer de «fisonomía propia y autónoma». Sin embargo, perdido el carácter cautelar de la medida, por haber recaído sentencia firme, por ejemplo, la suspensión se convierte «en una pena o sanción autónoma y atípica impuesta de plano, *sine strepitu et iudicio* ⁷⁵».

La suspensión de funciones se contemplaba, igualmente, como sanción disciplinaria en los artículos 80.4.º y 86 de la Ley General Tributaria. Dicha tipificación, a pesar de su extravagante tipificación en norma ajena a la Función Pública, ha contado con las bendiciones del Tribunal Constitucional indicándose por el mismo: «la suspensión de funcionarios o profesionales oficiales es una sanción que es añade o

⁷⁵ STC (Sala 2.ª) núm.104/1995, de 3 de julio (FJ. 2.º).

acumula a la de multa, pero se comprende fácilmente que ello no supone una discriminación injustificada en el trato que el legislador dispensa a estas personas con relación al que reciben los ciudadanos en general pues no es igual la situación en que unos y otros se encuentran respecto de la Administración tributaria⁷⁶». La nueva Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria en su artículo 186.3 tipifica como sanciones accesorias la de suspensión del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público.

3.3.2.3 TRASLADO CON CAMBIO DE RESIDENCIA

Sólo aplicable por aquellas administraciones que ejerzan sus competencias más allá de un único término municipal. Es decir, todas, excepción hecha de las entidades que integran la Administración local. Y ello porque aún cuando existan entes locales, como las diputaciones provinciales y los cabildos insulares que ejerzan sus competencias en más de un término municipal, dicha sanción no aparece regulada en el artículo 148 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local entre las que pueden ser impuestas a los funcionarios de Administración local. Tampoco cabe respecto del personal al servicio de las Cortes Generales por tener éstas su única sede en la Villa de Madrid, ni se contemplan en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ni en el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Resulta interesante el modo en que esta medida está prevista en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre miembros de la carrera judicial. El traslado de un juez o magistrado sancionado por imperio del artículo 420 LOPJ deberá ser a otro órgano judicial cuya sede diste al menos 100 Km de distancia de la de origen. Si la finalidad que persigue esta medida es crear una desvinculación entre el sancionado y su entorno laboral de origen (por las fricciones y malestares inherentes a la apertura de cualquier expediente disciplinario) creo que no debió fijarse una distancia mínima y, en su lugar, dejar en manos de la autoridad sancionadora ponderar los intereses en conflicto y dosificar la aplicación de esta medida. Pero una vez fijada la distancia de 100 Km por el texto legal, será ésta la mínima, sin poderse entrar en consideraciones tales como que en los órganos judiciales implantados en las Islas la aplicación literal de 420 LOPJ supone al funcionario no sólo el cambio de municipio, sino de la Isla misma y, en ocasiones, hasta de la Provincia de origen.

Es necesario matizar respecto de esta concreta sanción administrativa el hecho de que no siempre que un funcionario sea objeto de traslado forzoso existe una sanción. Cabe la posibilidad de que la cobertura de un puesto de trabajo sea urgente y necesaria por razones del servicio en cuyo caso la Administración puede optar por enviar al funcionario en Comisión de Servicios Forzosa o, si la urgencia y necesidad pueden diferirse en el tiempo, lo normal es que se convoque un concurso de traslados y en puntuación de méritos determinar el candidato a ocupar el puesto. Pero fuera de estos casos de cobertura ordinaria de puestos de trabajo, ¿qué concretos caracteres afflictivos circundan el traslado forzoso como figura sancionadora? Obviamente, el hecho de trasladar a un funcionario en contra de su voluntad le reporta a éste inconvenientes de diversa índole-familiar, social y económica– sobre todo si el nuevo

⁷⁶ STC (Pleno) 76/1990 de 26 de abril (FJ 5.º)

destino está físicamente muy alejado de su residencia anterior, toda vez que conforme al artículo 77.1.º del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, dicho traslado implica para el funcionario la obligatoriedad de cambiar su residencia habitual. Con esta medida se impone, en cierto modo, un destierro administrativo que incide directamente en el Derecho fundamental consagrado en el artículo 19 CE de libre elección de residencia y que le impide, además, obtener nuevo destino «por ningún procedimiento en la localidad desde la que fueron trasladados, durante tres años, cuando hubiere sido impuesta por falta muy grave y durante uno cuando hubiere correspondido a la comisión de una falta grave»⁷⁷. A nadie se le escapa la similitud de esta sanción administrativa con las penas previstas en los artículos 33.2.º g) (pena grave), 33.3.º f) (pena menos grave) y 33.4.º b) bis (pena leve) del vigente Código Penal, en el que se consideran *penas* «la privación del Derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal» por tiempo superior a tres años en el primer caso, de seis meses a tres años en el segundo y por tiempo inferior a seis meses en el tercero. Aspecto a tener en cuenta en esta figura sancionatoria que examinamos es que se impone *sine die*, una vez cumplida la sanción –por la toma de posesión en el nuevo puesto de trabajo y permanencia en el mismo durante uno o, en su caso, tres años– el funcionario trasladado no puede regresar a su puesto de origen si no es a través del preceptivo concurso de traslados.

El traslado forzoso de un funcionario, decíamos, puede obedecer bien al carácter de acto administrativo sancionador o al ejercicio de la potestad autoorganizativa de la Administración. Así que tendremos que acudir una vez más al concepto material de sanción y ver si en el acto administrativo de traslado forzoso concurren los elementos que definíamos como mínimo irreductible del concepto material de sanción; criterios que han sido utilizados para mantener su carácter de sanción por la Jurisprudencia Menor⁷⁸ por la circunstancia de que el traslado «dispuesto en atención a unos hechos concretos, más que a necesidades o conveniencias del servicio, y previa la valoración de la conducta del trasladado al discutir o negarse a cumplir una orden, que impide que pueda ser mantenido en puesto de responsabilidad de vigilancia especial, puede definirse como un acto sancionador más que de una potestad».

Elementos, sin duda a tener en cuenta a fin de verificar si en el acto de traslado ha existido una desviación de poder, en la que el elemento teleológico será determinante⁷⁹. Sobre este elemento el Tribunal Supremo ha manifestado:

«El interés del servicio, que tienda a su buen funcionamiento, debe primar sobre toda otra consideración, tanto en el funcionario que (...) debe obedecer (...) así como en la actuación de los órganos de la Administración dotados de potestades sancionadoras [...] y deja de contemplarse ese interés cuando se trasladan al campo del Derecho sancionador consideraciones ajenas, como puede ser las relaciones de amistad o enemistad entre quien ordena y quien obedece, originadas por circunstancias distintas a la relación de servicio, porque las potestades se confirieron a la Administración para

⁷⁷ Artículo 16 del RRDFAE y en similares términos, el artículo 14 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía y artículo 420.1.º de la LOPJ

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia de Zaragoza (ponente Sr. Cano Mata) de 18 de marzo de 1989.

⁷⁹ El artículo 70.2.º *in fine* de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa entiende por tal desviación de poder el «ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

sancionar lo que vaya en contra del interés general, y al emplearse para otra finalidad o para sancionar conductas distintas, vician la actuación administrativa de desviación de poder o la convierten en un abuso de éste (...), porque la potestad sancionadora de la Administración no es ilimitada ni arbitraria y debe ser ejercida dentro de los límites que la Constitución establece, respetando en todo caso los Derechos Fundamentales de la Persona inherentes a todo ciudadano» (STS de 14 de noviembre de 1985 [R] 1985\5670)).

Frente al traslado con cambio de residencia como medida sancionadora, la normativa de algunas comunidades Autónomas –como el Texto único de la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña– prevé el traslado dentro de la misma localidad. Dicha medida únicamente podrá tener carácter aflictivo cuando por las características –económicas o de desempeño del puesto– el nuevo puesto no resulte «destino apetecible» por ningún funcionario, razón por la cual esté vacante y puede trasladarse al mismo al funcionario sancionado. Y tomando en cuenta estas últimas consideraciones el Tribunal Constitucional ...por todas STC (Sala 1.ª 85/1995, de 6 de Junio] ha negado que el traslado o cambio de adscripción de funcionario con condición de delegado sindical pueda considerarse una sanción encubierta cuando se respeta el mismo nivel funcional (complemento de destino y complemento específico), las funciones y localidad de destino.

3.3.2.4 DESTITUCIÓN DEL CARGO

Sanción prevista para los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional [art. 148.1.º.d) en relación con el artículo 148.7.º del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local]. El Derecho al cargo puede derivarse directamente del artículo 23 CE al reconocer el mismo el Derecho a *acceder* en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Precepto que ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de incluir el Derecho a *permanecer* en el cargo público lo cual « implica no ser removido [del mismo] si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos». Por ello, la exclusión que hace el artículo 148.7.º antes aludido al no considerar sanción la facultad de las Corporaciones Locales para adscribir y remover de los distintos puestos de trabajo a los funcionarios propios ha de interpretarse en sentido muy restrictivo a fin de no dar carta de naturaleza a actuaciones viciadas de desviación de poder o abuso de Derecho. La destitución del cargo no implica la pérdida de la condición de funcionario –de la carrera– sino la del concreto *puesto de trabajo* ganado tras la oposición o concurso de traslados⁸⁰, así como la de las retribuciones, honores y recompensas inherentes a su desempeño. Ahora bien, lo cierto es que, de hecho, en determinadas circunstancias en las que el puesto de trabajo es único en el ámbito de la administración que impone la sanción –lo cual es harto frecuente en la Administración local– acudir a esta sanción es tanto como separar del servicio al funcionario manteniéndole su condición funcional

⁸⁰ Así lo ha reconocido el STS de 23 de junio de 1992 [R] 1992\5024] sobre sanción impuesta a Secretario de Administración Local.

3.3.2.5 PÉRDIDA DE REMUNERACIÓN

El artículo 31.2.º de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública y en desarrollo de la misma los artículos 14.d) y 17.II del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, preveían como sanción disciplinaria la de *deducción proporcional de retribuciones* que mantuvo su carácter sancionador hasta que por vía de las ya paradigmáticas *leyes ómnibus* –en concreto la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social– se quitara a las mismas su carácter de sanciones disciplinarias obedeciendo más a razones pragmáticas que de otra índole⁸¹. Pero no obstante dicha derogación, que al afectar a un artículo de carácter básico implica la de todas las normas administrativas que la prevean como sanción, no alcanzó, siquiera por contagio legislativo, ni a todas las administraciones públicas ni a los ya aludidos órganos constitucionales con potestad sancionadora. Dentro de los primeros casos, el artículo 78.c) del Real Decreto de 28 de julio de 1995 por el que se aprueba el Estatuto del Personal del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) la contempla como medida a imponer «en el caso de faltas de carácter leves relativas a la puntualidad, asistencia y jornada de trabajo». En idéntica situación, el artículo 78, c) de la Ley 4/1993, de 10 de marzo de la Función Pública de Cantabria, artículo 93.3.º, b) de la Ley 4/1992 de 17 de Julio en relación con los funcionarios de los Cuerpos de Policía del País Vasco y artículo 119.h) del Texto único de la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña han previsto como sanción la deducción proporcional de retribuciones.

Respecto de los órganos constitucionales con potestad sancionadora el artículo 47, letras a) y b) de Estatuto del personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989 contemplaba dicha medida sancionadora que se mantuvo vigente a pesar de las sucesivas modificaciones operadas al Estatuto por Acuerdos de las Mesas del Congreso y del Senado de 17 de enero de 1991, 28 de noviembre de 1994, de 11 de julio de 1995, de 28 de junio de 1996, y de 17 de julio de 1997, y por Resoluciones de las Mesas del Congreso y del Senado de 11 de julio de 1995 y 31 de diciembre de 1996. Será con el nuevo Estatuto del personal de las Cortes Generales, aprobado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado mediante Acuerdo conjunto de 27 de marzo de 2006, cuando desaparezca esta sanción del catálogo punitivo aplicable a esta clase de funcionarios.

3.3.2.6 APERCIBIMIENTO

Única sanción que puede ser impuesta a resultas de la comisión de una falta leve en el ámbito de régimen sancionador regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial

⁸¹ En concreto, el hecho de que en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1984 MRFP se previera para los funcionarios huelguistas una deducción de retribuciones colapsó los Tribunales de miles de recursos que tenían como único fundamento la alegación de que a dichos funcionarios se les había impuesto de plano una sanción disciplinaria. Ante ello, se optó por eliminar la deducción de haberes del elenco de sanciones a imponer a los funcionarios públicos y considerar que siendo la retribución del funcionario consecuencia del desempeño de un trabajo, el no desempeño del mismo, independientemente de sus causas, da lugar al no devengo de las retribuciones en la parte proporcional al tiempo dejado de trabajar. Sobre esta cuestión, vid. CÍSCAR PALLARÉS, E., « La retención de haberes y su cuantificación en el ejercicio del Derecho de huelga por funcionarios públicos» en *La Ley*, 1993-2,974.

para jueces y magistrados. En el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, recibe la denominación de advertencia, si bien no se indica en el Estatuto Orgánico en qué se diferencia de la *repreñión* que también se prevé como sanción a imponer a los miembros de la Carrera Fiscal por la comisión de faltas leves y graves (art. 66). Igualmente, en el ámbito del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas se contempla una figura análoga: la *repreñión*, consistente en la reprobación expresa que por escrito dirige el superior al subordinado. Para diferenciarlas de otras figuras afines como el apercibimiento, advertencia o amonestación verbal, el artículo 11 indica que éstas últimas carecen de carácter sancionador.

No es fácil determinar en esta sanción en qué consiste el «mal» impuesto y si el mismo, en tanto que se ha identificado como una «llamada de atención», puede ser considerado como privativo de un derecho. En definitiva, lo que se cuestiona es en qué medida el apercibimiento puede tener efectos preventivos generales y especiales sobre los destinatarios de la norma. Tomado de forma aislada el apercibimiento no puede decirse que prive efectivamente de un bien o derecho con independencia del efecto «simbólico» o «moralizante» del hecho de que un superior corrija por escrito o verbalmente –previa audiencia– al infractor de una norma. Pero en conexión con otros tipos infractores, como el artículo 6.n) y el 7.m) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado se desprende el carácter preventivo especial de la medida. Haber sido apercibido en reiteradas ocasiones en el transcurso de un determinado período de tiempo es, por sí mismo, constitutivo de una nueva infracción; esta vez no sancionable con apercibimiento sino con medidas más drásticas.

3.3.2.7 LA MULTA

3.3.2.7.1 *Caracteres penales de la multa que la distinguen de la administrativa*

La multa es sin género de dudas la sanción clásica y típica del Derecho administrativo. Sin embargo, cuando nos movemos en el ámbito del Derecho disciplinario de la Función Pública el recurso a este tipo de sanción es bastante inusitado, presentado un carácter residual y, me atrevo a afirmar, sectorializado. Un repaso a la vigente normativa reguladora de la disciplina de los distintos Cuerpos funcionariales permite aseverar que prolifera en el terreno de los funcionarios vinculados con la Administración de Justicia. Y así el artículo 420.1.º.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla sanciones de multa de hasta 50.000 pesetas para jueces y magistrados ; en la misma cuantía para los miembros de la Carrera Fiscal (art. 66.3.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y Secretarios Judiciales (art. 98.c) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales); en 300.000 Ptas. para los Médicos Forenses (art. 80.b) Reglamento Orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses); de hasta 30.000 pesetas para los agentes, oficiales y auxiliares de la Administración de Justicia [artículo 88.b) Reglamento de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia].

La gravedad de la multa se ha venido fijando tradicionalmente en el Derecho administrativo y también en nuestro Derecho penal hasta el Código de 1995 en función de su cuantía. Por ello, se ha venido planteando que la determinación de si un ilícito

determinado debe ser sancionado en uno u otro ámbito debe atender de un lado, a la relevancia del bien jurídico tutelado; a la gravedad de la lesión al mismo, en segundo lugar, y en tercer lugar a la gravedad de la respuesta punitiva. De manera que estando en manos del Derecho penal la imposición de las condenas más graves, corresponderá al mismo la tutela de bienes jurídicopenales frente a los ataques más graves. Y, siguiendo dicha línea, el artículo 603 del Código Penal establecía el límite de los *tipos penales fronterizos con los ilícitos administrativos* siguiendo el criterio cuantitativo de que las sanciones a imponer en vía administrativa no serían mayores que las señaladas en el mismo. Ahora el nuevo Código Penal de 1995 ha omitido hacer referencia alguna a dicho límite, señalándose únicamente en el artículo 50 Cp cual ha de ser, en todo caso, el límite máximo de la multa en sede penal (288.000 euros); cuantía que resulta con creces superada en la práctica totalidad de normas sancionadoras sectoriales. Ejemplos de este plus de gravedad cuantitativa de la multa administrativa frente a la penal lo constituyen el artículo 28.1 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que prevé en su apartado a) multas de hasta 100 millones de pesetas para las infracciones muy graves; el artículo 99 de la Ley de Costas, que atribuye al Consejo de Ministros la competencia para imponer sanciones que excedan de los 200 millones de pesetas y el artículo 120.3.ºd) de la Ley de Puertos que prevé sanción de multa de hasta 500 millones de pesetas en las infracciones al medio marino, por citar sólo alguno de tales preceptos.

De la regulación que de la multa se hace en el Código Penal cabe destacar que, frente al escaso uso de dicho recurso en la normativa de régimen disciplinario de funcionarios públicos, en sede penal aparece como pena principal o accesoria prácticamente en la generalidad de los delitos especiales de funcionarios.

Indicaba Manzanares Samaniego⁸² que el carácter penal de la multa presentaba lo siguientes caracteres:

- *Que sólo cabía su imposición en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional penal.*
- *Que sólo cabe su imposición a los responsables criminalmente de un delito o falta, con exclusión de los inimputables.*
- *Su sometimiento al principio de legalidad, así como al de irretroactividad.*
- *Que no caben respecto de las mismas la transacción.*
- *La imposibilidad de garantizar su pago mediante fianza de un tercero por el principio de personalidad que rige el Derecho penal.*
- *La imposibilidad de que se compensen con los créditos que el reo tuviere frente al Estado ya sean éstos públicos o privados.*
- *Sólo cabe su inejecución por vía de la Amnistía o el Indulto.*
- *La imposibilidad de ejecutar la multa cuando ésta no puede cumplir su finalidad bien por fallecimiento del condenado, bien por inimputabilidad sobrevinida.*

Conviene detenernos en este punto y analizar estos pretendidos caracteres de la multa como pena, porque de aceptarlos en su integridad tendríamos un ejemplo clarificador de la diversa naturaleza de las sanciones administrativas y las penas.

⁸² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa» en *La Ley*, 1996-2.

3.3.2.7.2 *La pretendida exclusividad de la jurisdicción penal en su imposición*

El hecho de que una medida aflictiva se imponga en el ámbito de la jurisdicción penal si bien puede ser un indicio de la « naturaleza penal » de la medida no es determinante de la misma. Ciertamente los órganos jurisdiccionales del orden penal son los únicos facultados para imponer a una persona una condena penal a resultas de la comisión de un delito o falta previstos en la legislación penal, así como hacer ejecutar el fallo de sus sentencias.

Pero junto a esta facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –actividad jurisdiccional– los órganos jurisdiccionales tiene atribuida por la ley la potestad de imponer sanciones a las personas que intervienen –en virtud de distintos títulos– en el curso de un procedimiento. En el curso de un procedimiento civil, el artículo 247.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la imposición «de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad» de una multa de entre 30.000 a un millón de pesetas a cualquiera de las partes que haya actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, mientras que el apartado 4 del mismo artículo prevé si dicha mala fe es imputable a los profesionales intervinientes en el proceso, además de la multa, la comunicación de tal circunstancia al respectivo colegio profesional por si procediera la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. Similares medidas aflictivas de multa se prevén en los artículos 288.1.º, 292 y 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en los artículos 70, 258, 262, 301, 346 (II), 357, 420 y 446 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; artículo 39.2.º Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; y artículos 175 y 420 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Todas estas multas están previstas como «correcciones disciplinarias» en el artículo 442 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Interesa destacar ahora que dichas medidas de multa no son «penas» a efectos del Código penal (artículo 34) y, sin embargo, se imponen por un órgano jurisdiccional. De ahí que la multa impuesta por un Juez penal puede ser impuesta como consecuencia de un delito o falta o a resultas de la aplicación de una corrección disciplinaria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y restantes leyes procesales penales.

De otra parte y como viene recordando el Tribunal Constitucional: «las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los Abogados en el curso de un procedimiento (...), así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías (por todas SSTC 205/1994 [RTC 1994\205] y 157/1996 [RTC 1996\157]).

3.3.2.7.3 *La imposibilidad de imponerlas a los exentos de responsabilidad penal*

La ausencia de una regulación unitaria de la normativa administrativa sancionadora determina la inexistencia de precepto alguno que regule, con vocación universal, las causas eximentes de responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas y que, como sabemos, encuentran adecuado reflejo normativo en sede penal en los artículos 19 y 20 del Código Penal. Esta omisión puede ser interpretada de alguna de las siguientes formas: bien de forma intencionada por considerarse que la responsabilidad administrativa tiene carácter objetivo; bien por considerarse la misma como otra de las tantas lagunas normativas existentes en dicho ámbito; bien por aplicar al

ámbito administrativo sancionador la teoría de los elementos negativos del tipo-opción esta última por la que me decanto.

Dicho de otra manera. No considero como nota diferencial entre la multa administrativa y la multa penal la imposibilidad de su imposición a los exentos de responsabilidad porque, en cualquier caso, Derecho Administrativo Sancionador y Derecho penal son órdenes coactivos que tratan de influir en la conducta de seres humanos sobre los que recae el juicio de reproche. Si dicha conducta no es motivable o tiene su origen en situaciones o circunstancias que escapan a la capacidad cognitiva o volitiva de la persona sólo pueden entrar en juego medidas de prevención o seguridad.

3.3.2.7.4 *El sometimiento al principio de legalidad y al de irretroactividad*

A la vista de los artículos 9 y 25 del Texto Constitucional es evidente que ésta, en contra de lo que opina Manzanares, no es un criterio de distinción. Por el contrario, son estos concretos artículos los que provocan un paulatino acercamiento o, si se quiere, una visión unitaria –que no unívoca– de ambas manifestaciones del *ius puniendi*.

3.3.2.7.5 *La imposibilidad de transacción*

Define el Código civil la transacción (art. 1809) como «contrato por el cual las partes (...) evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado» y en tal sentido dicha figura no cabe respecto de la multa, sea ésta administrativa o penal, toda vez que la existencia de una sanción determina la finalización del proceso o procedimiento tendente a su imposición. No cabe la transacción sobre la condena pecuniaria que se ha impuesto. Una vez dictada la resolución judicial penal o, en su caso, resolución administrativa que la impone, sólo cabe recurrir dicha resolución o instar la inejecución la misma. No resulta tampoco éste, en mi opinión, un auténtico criterio distintivo de la naturaleza administrativa o penal de la multa en nuestro Derecho. Constituye, sin embargo, una nota diferencial el hecho de que en el ámbito de los denominados «delitos privados» se admita una conciliación previa entre víctima y victimario, auténtica transacción que evita el proceso. Se trata, más que de un criterio que las distinga materialmente, de una opción de Política Criminal.

3.3.2.7.6 *La imposibilidad de que se compense con los créditos que el reo tuviere frente al Estado ya sean éstos públicos o privados*

Esta sí que es una de las notas diferenciales de la naturaleza administrativa o penal de la multa. Así, la sanción administrativa de multa determina el nacimiento de un deuda de Derecho público de naturaleza no tributaria. De hecho, el producto de las multas y sanciones impuestas por las Entidades Locales constituye uno de los recursos de sus respectivas haciendas al disponerlo así el artículo 2.1.º.g) del Texto Refundido de la ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por RDL 2/2004. de 5 de marzo. En el ámbito de las haciendas Estatal y Autonómica se las engloba como deudas de Derecho público y en cuanto tales su recaudación corresponde a un órgano distinto al que impone la sanción integrado en la respectiva Hacienda.

El producto de multas y sanciones, en su condición de deudas de las que resulta acreedora la administración, puede ser objeto de *compensación, condonación o extinción por insolvencia del deudor* conforme a las previsiones de los artículos 32, 55

a 61 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio.

Por el contrario, la multa en cuanto sanción penal sólo puede suplirse por responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad o, en su caso, mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. La situación económica del reo es un elemento que podrá tomar en consideración el Juez o Tribunal a fin de reducir el importe de las cuotas, pero que en caso de insolvencia no determina que el hecho delictivo quede impune.

3.3.2.7.7 *La amnistía o el indulto como únicas posibilidades de inejecución en la sanción penal*

No comparto con Manzanares que sólo por vía del indulto puede inejecutarse una pena y que ello sea nota distintiva de la naturaleza de la multa. En primer lugar, las penas impuestas por sentencias pueden inejecutarse, además, por operar el instituto de la *prescripción* en los plazos previstos en el artículo 133 del Código Penal: cinco años para las multas de más de dos meses (pena menos grave) y de un año las de dos meses o menos (pena leve). Dicho instituto también existe en el Derecho administrativo sancionador, previéndose con carácter general subsidiario en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor literal: «1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción (...) las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. [...] ». Ahora bien, si afirmamos que la amnistía y el indulto son las únicas medidas *graciables* en el ámbito del Derecho penal entonces la razón nos asistirá puesto que su ejercicio tiene carácter discrecional para el gobierno con las condiciones establecidas por Ley de 18 de Junio de 1870. En el ámbito administrativo sancionador no se contempla, con carácter general, tales medidas graciables como medio de inejecución de sanciones. Ahora bien, como afirmamos anteriormente, la sanción administrativa de multa una vez impuesta con carácter firme origina el nacimiento de una deuda tributaria por el importe de la sanción. Y en cuanto tal deuda tributaria puede ser objeto de *condonación* en los términos del artículo 32 del Reglamento General de Recaudación.

En el Derecho disciplinario encontramos la existencia de medidas graciables tanto en el ámbito civil como en el militar. Los artículos 19 y 22 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado los acoge con la denominación de indultos y amnistía. Respecto del personal militar de la Fuerzas Armadas se contienen similares medidas en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas cuyo artículo 70 previene: «Las autoridades a que se refieren los artículos 28 al 30 de esta Ley (...) que hubieran impuesto una sanción disciplinaria podrán acordar de oficio la suspensión de la misma por plazo inferior a su prescripción, o la inejecución de la sanción, cuando mediare justa causa para ello y no se causara perjuicio a la disciplina. Las demás autoridades y mandos con competencia sancionadora podrán proponerlo respecto de las sanciones por ellas impuestas, a las autoridades mencionadas en el párrafo anterior quienes resolverán de acuerdo con lo establecido en el mismo».

Si la Administración militar no hiciera uso de dicha facultad en vía administrativa aún le cabe la posibilidad de instar del Tribunal militar la inejecución del fallo conforme al artículo 508 de la Ley Orgánica 1/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Posibilidad sin parangón en el ámbito civil respecto de las sanciones impuestas por la Administración al personal funcionario.

3.3.2.7.8 *La imposibilidad de ejecutar la multa cuando ésta no puede cumplir su finalidad bien por fallecimiento del condenado, bien por inimputabilidad sobrevenida*

La muerte del reo es contemplada por nuestro Código penal como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.º) y por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como causa de extinción de la acción penal (art. 115). Por su parte, el artículo 60 del Código Penal determina que se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta cuando se aprecie en el penado una situación de trastorno mental transitorio. El hecho de que este precepto únicamente aluda de manera expresa a la posibilidad de suspensión de las penas privativas de libertad, ¿implica que cuando la condena lo sea a pena no privativa de libertad –como la multa– no resulta obligada la suspensión de la condena? A mi juicio, y como manteníamos anteriormente, la respuesta ha de ser negativa en atención a que en estado de inimputabilidad el condenado es incapaz de comprender el sentido y alcance de la pena impuesta y, por lo tanto, la multa no puede cumplir el mandato de prevención especial.

Lo anterior no puede predicarse tampoco como nota peculiar y diferencial exclusiva de la multa en tanto sanción penal. Si el Derecho administrativo sancionador pretende, entre otros fines, motivar negativamente la conducta del sujeto infractor, en modo alguno sería posible alcanzar dicha finalidad cuando sea imposible la prevención especial por fallecimiento o inimputabilidad sobrevenida del infractor. La Ley General Tributaria no es ajena a la naturaleza y fines de las sanciones y contempla expresamente en el artículo 182.3 la no transmisión de las sanciones tributarias a los herederos y legatarios de las personas físicas infractoras.

3.3.2.7.9 *La duración temporal de las cuotas como criterio determinante de la gravedad de las sanciones penales de multa frente al criterio del montante de la cuantía de las multas administrativas*

A diferencia de lo que acontece con las multas fijadas en el seno del Derecho administrativo, el criterio fijado por el legislador penal para determinar la gravedad de la multa no es el cuantitativo económico –el montante o importe de la multa que atiende fundamentalmente a la capacidad económica del reo– sino la duración de las mismas. Los artículos 33.3.º.g) y 33.4.º.c) CP atienden exclusivamente a la extensión de la misma en el tiempo como criterio determinativo para su clasificación como menos graves o leves.

Frente a este criterio, más acorde con el principio de adecuación de las penas, la multa del ámbito disciplinario no atiende a las circunstancias económicas del infractor sino a los criterios meramente numéricos, fijándose su límite máximo, y pudiendo moderarse la misma en función de circunstancias tales como la intencionalidad, la perturbación del servicio, atentado a la dignidad del funcionario o de la administración, la falta de consideración con los administrados o la reiteración o reincidencia a los que alude el artículo 89 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.