

JURISPRUDENCIA

**DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA RESERVA DE
LEY FRENTE A LA POTESTAD REGLAMENTARIA
DE LA ADMINISTRACIÓN:
LA STC 117/1.995, DE 17 DE JULIO.**

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ LECHUGA

SUMARIO: I.- Introducción, II.- El principio de legalidad: a) relaciones de supremacía general; b) relaciones de especial sujeción, III.- La reserva de ley. Algunas consideraciones, IV.- Los hechos enjuiciados, V.- La reserva de ley y las sanciones impuestas ex reglamento. Proscripción de tales sanciones o inexistencia de reserva reglamentaria de la tipificación de ilícitos administrativos según el art. 25.1 y 3 C.E., VI.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN.

Es sabido que en nuestro país se han sancionado conductas políticamente indeseables e inaceptables para el régimen franquista con una técnica jurídica muy defectuosa y sin una cobertura legal en la mayoría de los casos o con una invocación genérica –por el Ministerio de la Gobernación y el propio Tribunal Supremo posteriormente– a la vieja Ley de Orden Público de 1.959. Y nuestra mejor doctrina venía denunciando este hecho dentro de aquel Estado de Derecho Administrativo que construyeran los teóricos de la Revista de Administración Pública el comienzo de la década de los años cincuenta (1). *Prima facie*, pues, no parece sino sorprendente que por actos administrativos singulares o singularizados se impusiesen sanciones pecuniarias –por no referirme ya a las condenas de privación de libertad en muchos casos–, con base

(1) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vols., ed. Civitas, Madrid, 1.989; Vid. también PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A. y ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Ariel, Barcelona, 1.992.

en una modesta orden ministerial (2) a periodistas, estudiantes o trabajadores con ocasión de declaraciones relativas a tal o cual autoridad en uso de su libertad de expresión o el cierre de periódicos conocidos en la época (3). Y todo ello 150 años después de la afirmación solemne y categórica de que el principio de legalidad es uno de los que conforman esencialmente el concepto de Estado de Derecho, todo lo cual ha sido advertido tempranamente por la doctrina española. En efecto, es E. GARCIA DE ENTERRÍA en una conocida obra que tuvo el gusto de recensionar quien dice sobre esto lo siguiente (4):

“La primera de estas ideas, el principio de legalidad, constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura del Estado absoluto; frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes. Pero su simple condición de arbitro político no bastaría a explicar su formidable eficacia dialéctica; así como su increíble dinamicidad histórica que se desenvuelve a lo largo de todo el constitucionalismo moderno y que se plasma en la concepción (en cierto modo ya independiente del sentido inicial de ese constitucionalismo) que se llamará más tarde Estado de Derecho. En el fondo, esta formulación del imperio o de la soberanía de la Ley como ideal político no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo sobre el que trabaja el pensamiento de Occidente desde el Renacimiento y que alcanza en la Física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva. Es bien conocido, en efecto, como Montesquieu abre su gran obra —que va a ser uno de los más eficaces motores del nuevo movimiento— justamente desde esta idea central, que hace unívoco el sentido de las leyes en la naturaleza y en la sociedad: “Las leyes en su significación más extensa son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, y en este sentido todos los seres tienen sus leyes; las inteligencias superiores al hombre común tienen sus leyes; las bestias tienen sus leyes; el hombre tiene sus leyes”. Desde esta concepción se aboca con todo rigor a la tesis de que en descubrir, proponer, sancionar y finalmente, sostener estas leyes naturales que presiden la vida social, se resume toda la función del poder político.”

(2) GALLEGO ANABITARTE, A. y DE MARCOS FERNANDEZ, A., *Derecho Administrativo I* (materiales), Madrid, 1.994, pág. 80. Se sostiene por estos autores que, en realidad, aunque la potestad reglamentaria esté sólo reconocida al Gobierno (arts. 97 y 98 C.E.), no parece correcto privar al Ministro como órgano monocrático, de esta potestad reglamentaria, y no sólo en el ámbito doméstico, sino tampoco en las relaciones con efectos “ad extra” Naturalmente, podrá el Ministro dictar reglamentos mediante OO MM salvo:

- a) El Ministro no puede en principio dictar Reglamento que afecten (en realidad que desarrollen o completen) directamente una ley.
- b) El Ministro tampoco deberá regular aquellos asuntos que “por su importancia y repercusión en la vida nacional” exijan el conocimiento y dictamen de todos los miembros del Gobierno (art. 10.17 L.R.J.A.E.).

(3) Me refiero al Diario Madrid.

(4) JIMENEZ LECHUGA, F.J., Comentario al libro GARCIA DE ENTERRIA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, CUNAL 2/1.995 y R.A.A.P. núm. 22/1.995.

Esta situación anómala se ha prolongado en España incluso en época postconstitucional. Y es curioso que incluso la doctrina legal tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional no han aclarado el panorama suficientemente, al menos, como se sabe, en lo que atañe a las relaciones de especial sujeción (*besondere Gewaltverhältnis*).

Se han intentado, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional construir un Derecho penal administrativo y los esfuerzos han sido notables, mejorando la situación de vacío preexistente y recortando los poderes omnimodos de la propia Administración en determinados casos (muy especialmente en las llamadas relaciones de especial sujeción que acabamos de apuntar). En este mismo sentido ha escrito F.A. CASTILLO BLANCO que la doctrina se plantea con mayor o menor intensidad la de adecuar al Derecho disciplinario a una concepción más garantizadora de los derechos fundamentales, haciendo aplicables al mismo principios que rigen de forma general en todos los órdenes punitivos. Efectivamente, una nueva consideración del Derecho disciplinario determina, de un lado, la causalización del Derecho disciplinario, su conexión a bienes jurídicos transgredidos, de otro, aplicarle al mismo los principios que rigen en el orden punitivo. Se podrá discutir la intensidad de aplicación de principios generales punitivos o las modulaciones que éstos han de sufrir, pero negar su aplicación no es hoy realista. Ello implica, como ya se puso de relieve anteriormente, una nueva consideración del contenido y finalidad de las relaciones de sujeción especiales (5).

Con ser ello cierto, recientemente ha apuntado el profesor A. NIETO GARCIA otras soluciones que, partiendo de las bases actuales, dan una respuesta más adecuada al problema de las sanciones administrativas como después referiré brevemente (6).

En esa línea anterior a las propuestas novedosas de A. NIETO GARCIA de las que ya he hecho referencia y sobre las que volveré más adelante, se muestra la STS de 7 de noviembre de 1.984, Ar. 5395, que, en lo que ahora importa, ha declarado:

(5) CASTILLO BLANCO, F.A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, ed. C.E.M.C.I.- Civitas, Madrid, 1.992.

(6) NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, ed. Técno, Madrid, 1.993. Hay edición posterior.

“... se hace preciso resaltar, ante la gravedad de las sanciones impuestas, constitutivas de la extinción de la relación de servicio que los principios de la tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena, básicos presupuestos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, requiere no ya sólo la necesidad de que el acto u omisión castigados se hallen plenamente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, con la añadidura, lógica consecuencia de lo anterior, de que en esta materia ha de rechazarse, como ya ha sostenido esta Sala en Sentencias de 16 de marzo de 1.979 y de 19 de junio de 1.981, cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva, e igualmente la posibilidad de sancionar un supuesto diferente del que la norma contempla o la imposición de correcciones sin la cumplida prueba de los hechos que se imputen.”

Ya tempranamente, y en relación con la fijación o establecimiento “*ex novo*” de tipos impositivos ex Reglamento, la STC 37/1.981, de 16 de noviembre, fijaba esta doctrina:

“Esa habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia al Gobierno de la atribución del Parlamento Vasco para crear tributos (y entre ellos) de acuerdo con la Constitución y las leyes. Que la Comunidad Autónoma Vasca posee competencia para la creación de tasas, pese a la redacción restrictiva del artículo 42,b) de su Estatuto, es cuestión que ofrece pocas dudas, pues esa competencia deriva necesariamente de la que también tiene para crear instituciones y organizar servicios públicos dependientes directamente de la propia Comunidad Autónoma y no sólo inmediatamente a través de los distintos territorios históricos. La competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las leyes y la Constitución (arts. 31.3 y 133.2) exige que el establecimiento de los tributos se haga precisamente con arreglo a la ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere, de manera que, aunque su establecimiento concreto quede remitido a una disposición reglamentaria, ésta haya de producirse dentro de los límites fijados por el legislador. La Ley impugnada, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento, según antes se señala, no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional. No puede aducirse para justificar la técnica utilizada el argumento de que el modo de fijación del importe y modo de devenga del canon, cuya propuesta ha de hacerse por órganos colegiados de los que forman parte los representantes de los posibles usuarios del servicio, asegura la justicia del mismo, pues como ya ha declarado este Tribunal (S. de 13 de febrero de 1.981, publicada en el B.O.E. de 24 de febrero de 1.981, recurso núm. 189/1.980), la remisión a una “prescripción autonómica” sólo es admisible en la medida en que “se refiere sólo a cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de ley.”

Prescindiremos del estudio de los principios penales aplicables a la imposición de sanciones administrativas deteniéndonos sólo en los aspectos epigrafiados (7).

(7) SUAY RINCON, J., “El Derecho Administrativo Sancionador. Perspectivas de reforma”, R.A.P. núm. 109/1.986.

II.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: A) RELACIONES DE SUPREMACÍA GENERAL, B) RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN.

Las bases del moderno Estado de Derecho se encuentran en el ideario de los revolucionarios franceses y su formulación más conspicua se debe a los teóricos ilustrados (LOCKE, ROUSSEAU y MONTESQUIEU). La Ley es la expresión de la voluntad popular y el que obedece conforme a la ley no se obedece sino a sí mismo. Este carácter de universalidad, generalidad y abstracción de las leyes que son, además, dictadas por los Parlamentos nacionales en base al principio de separación de poderes constituye uno de los pilares básicos del Estado liberal de Derecho. Así es que los Derechos fundamentales (libertad, propiedad) y las libertades públicas son materias de reserva absoluta de ley en las que el Ejecutivo no pueden regular ni siquiera el detalle. Sin embargo, la Administración conservará en sus manos un haz de potestades públicas muy amplio e importante como es conocido. Esta supremacía de la ley frente al reglamento sufre algunas inflexiones dependiendo del tipo de relación a la que su aplicación venga referida.

a) relaciones de supremacía general.

En la Constitución española el principio de reserva ley supone una reserva de ley orgánica, reserva de ley ordinaria, la reserva de ley en relación con los derechos fundamentales y la reserva de ley y la reserva del Parlamento democrático. Sobre la primacía de la ley ha escrito R. GARCIA MACHO que el régimen parlamentario instaurado (art. 1.3 C.E.) culmina en el postulado de la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular (Preámbulo), en el contexto de una constitución que se considera como norma superior o suprema (art. 9.1), lo cual significa la plasmación de una jerarquía normativa (art. 9.3 C.E.), en cuyo vértice se encuentra la Constitución, la cual tiene primacía sobre la ley, que a su vez la tiene sobre el reglamento y éste sobre el acto administrativo. El principio de primacía implica que cada norma estatal, dependiendo de cómo esté situado jerárquicamente el órgano del que emana, tiene que mantenerse dentro de los límites ya precisados. También el principio de primacía está vinculado políticamente a la soberanía interna del Estado y a la distribución de los poderes estatales entre diversos entes con personalidad jurídica (Estado, CC AA, municipios, provincias, etc.). La plasmación jurídica de la primera idea está referida a la ilegalidad de cualquier norma que infrinja una superior según el planteamiento de que las Cortes Generales representan al pueblo español (art. 66.1 C.E.). La segunda

idea desdibuja en cierta medida el principio de primacía, pues implica que no hay un único órgano centralizado del que emanan normas jurídicas (caso de las Comunidades Autónomas (8)).

Por su parte, J.M^a. BAÑO LEON sostiene que en la Constitución se establece un número muy elevado de materias reservadas a la ley, o lo que es lo mismo, un núcleo de materias sobre las que la Administración no puede intervenir sin la existencia previa de una Ley. Pero nada impide al legislador abarcar cualquier materia; hay, pues, prohibición de ámbitos autónomos reservados al reglamento (9). Esta reserva de ley es ampliada por la Constitución. Un ejemplo claro de ello –nos dice J.M^a. BAÑO LEON– es el artículo 25 en el que además de recoger el tradicional principio de legalidad penal, se incluye a las sanciones administrativas. La Constitución tampoco se conforma con establecer una usual reserva de ley en materia tributaria, sino que, además, incorpora a la reserva –art. 133, “*en virtud de ley*”– los beneficios fiscales tal y como había propugnado la doctrina fiscalista. Además, la Constitución instaura por primera vez entre nosotros una vigencia efectiva de la reserva, no ya referida a la primacía de la ley sino a la necesidad de que sea la ley y no el reglamento el que regule determinados aspectos dentro del ámbito de la reserva: ésta, al menos, es la interpretación del Tribunal Constitucional (10).

Fruto de esta concepción es la STC 83/1.984, de 24 de julio (11), relativa a la Cuestión de Constitucionalidad de la Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, que se decanta claramente por la referida línea doctrinal. Dice:

“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordi-

(8) GARCIA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1.988.

(9) BAÑO LEON, J.M^a., *Los límites constitucionales a la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1.978)*, ed. Universidad Complutense de Madrid-Civitas, Madrid, 1.991.

(10) STC 37/1.987, de 16 de noviembre.

(11) B.O.E. núm. 203, de 24 de agosto de 1.984.

nada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Estos se traducen en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas son tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de las que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.” (12).

b) relaciones de sujeción especial.

Este supuesto, proveniente la distinción de los juristas alemanes, y especialmente de O. MAYER, P. LABAND y KRUGER, conoce una relajación del principio de legalidad y el de reserva de ley a pesar de los esfuerzos realizados por la mejor doctrina para configurar los supuestos que este instituto jurídico abarcaba. El instituto, de clara procedente alemana y de elaboración doctrinal de juristas de aquel país, dentro de un cierto autoritarismo propio de Prusia y Alemania, conoció desarrollos posteriores y fue capital en su actual concepción la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1.972.

Esta institución –sobre la que no podemos entrar ahora con el detenimiento que su estudio requiere (13)– era mal conocida en España. Es a A. GALLEGU ANABITARTE, como la doctrina reconoce unánimemente, a quien cabe atribuir el mérito de haber aportado luz sobre una institución muy mal conocida hasta la fecha y aún antes del famoso pronunciamiento del Tri-

(12) En la misma línea la STC 6/1.983, de 4 de febrero, dice así:

“Todo lo que hasta aquí llevamos dicho indica que nuestra Constitución se ha producido en la materia estudiada de una manera flexible y que, como asegura un importante sector de la doctrina, la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria; la creación “*ex novo*” del tributo y la determinación de los elementos esenciales o con figuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria”.

(13) JIMENEZ LECHUGA, F.J., *Relaciones de especial sujeción y límites constitucionales: especial referencia al caso de los militares, los funcionarios y los enfermos hospitalarios*, de próxima y previsible publicación en la R.A.A.P.

bunal de Karlsruhe. Otros, muy posteriormente han escrito, como se sabe, gruesos volúmenes sobre la institución (14) de los que yo mismo me he ocupado en otro lugar (15) pero el terreno ya estaba abonado.

Y es que se entendía inicialmente que, puesto que se trataba de relaciones de poder para situaciones especiales, podía el Ejecutivo, mediante reglamentos, regularlas, afectando incluso a los derechos fundamentales de los "súbditos", sin que estos pudiesen, en estas ocasiones, gozar de ellos. Como voy a entrar rápidamente en el comentario de la STC 117/1.995, de 17 de julio, que es el objeto de esta nueva comparecencia mía ante los lectores, remito en todo lo demás referente a la institución al libro de M. LOPEZ BENITEZ. Únicamente recordar las palabras del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia ya referida. Sostuvo en su momento:

"La Ley Fundamental es un orden de valores que vincula, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad como el más superior fin de todos los derechos (...). En el artículo 1.3, los derechos fundamentales se declaran vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y los jueces. Esta amplia vinculación entraría en contradicción si los derechos fundamentales pudiesen ser limitados a voluntad o discrecionalmente durante la ejecución de la pena. Una limitación sólo entra en consideración si ella coincide con el logro de uno de los valores ordenadores de la Ley Fundamental y sólo en las formas previstas constitucionalmente. Los derechos fundamentales de los presos pueden ser limitados también por una Ley o sobre la base de una Ley, lo cual no obstante no permitiría renunciar a cláusulas generales."

Por este instituto deben entenderse las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación (16).

(14) GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración (Contribución a la teoría del Estado de Derecho)", R.A.P. núm. 34/1.961.

(15) Me refiero, principalmente, a LOPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ed. Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1.994 y GARCIA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, ed. Técnos, Madrid, 1.992. Debo decir que, después de la brillante aportación del profesor A. GALLEGO ANABITARTE en 1.961 al conocimiento en España de este instituto, no puede dejar de reconocerse la excelente labor realizada por M. LOPEZ BENITEZ. Lo escrito ahora. Hace tan sólo unos meses felicite personalmente al autor (M. LOPEZ BENITEZ, naturalmente) por su excelente tesis doctoral sobre la materia. Es posible que mi modesto juicio coincida con el del catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

(16) LOPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ed. Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1.994, págs. 161 y sigs.

Es importante retener que no es posible a la Administración imponer sanciones de plano y menos aún con una simple tipificación reglamentaria. Por eso, también en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, rige la reserva de ley. A. JIMENEZ BLANCO ha definido claramente la situación antes y después de la citada sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con el instituto que analizamos (17). Según el catedrático granadino:

Antes de la referida sentencia:

- La reserva de ley se encuentra hoy ampliamente colmada en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, no obstante lo cual, en ellas caben injerencias de la Administración en la libertad y en la propiedad sin base legal.
- Los derechos fundamentales rigen también en las relaciones de sujeción especial. Su ejercicio, sin embargo, puede limitarse atendiendo al fin o fundamentación de la concreta relación.
- En las relaciones especiales de sujeción el Ejecutivo dispone de un poder normativo originario. Cosa distinta son las instituciones generales que, como las órdenes concretas que se producen en la relación de tracto sucesivo, constituyen cuestiones internas de la Administración.
- Como regla general, sólo existe tutela judicial de los derechos frente a las medidas de la *Grundverhältnis*.

Pero, desde 1.972 en adelante:

- La reserva de ley rige también en las relaciones especiales de sujeción.
- El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas incluidas en tales relaciones sólo pueden limitarse por ley o en base a una ley.
- No existe un poder normativo originario del ejecutivo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (18).
- La tutela judicial de los derechos se da también dentro de la relación jurídica de tracto sucesivo (19).

(17) JIMENEZ BLANCO, A., *El Derecho público del Mercado de Valores*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.989, pág. 134.

(18) JIMENEZ BLANCO, A., "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en la Ley núm. 1968/1.988, de 13 de mayo.

(19) JIMENEZ BLANCO, A., op. cit. nota anterior. Vid. también RONELLENFITCH, M., "Das besondere Gewaltverhältnis-einzu früh totgesegtes Rechtsinstitut", DöV, 1.981.

Para terminar este apartado hemos de manifestar nuestro desacuerdo –al menos parcial, naturalmente– con el profesor J.M^a. BAÑO LEON en cuanto a la desaparición de este instituto. Afirma, en efecto, que “no podemos entrar aquí en la cuestión de si tiene o no sentido dogmático seguir manteniendo una diferenciación ente la relación general que une al ciudadano con los poderes públicos y las relaciones (jurídicas) especiales. Pero se admita o no, lo que sí está meridianamente claro es que la Constitución ha impuesto la reserva de ley (y la plena observancia de los derechos fundamentales) en estas relaciones”. Hasta aquí de acuerdo. Pero es que la propia C.E. reconoce la existencia del instituto estudiado (20).

El profesor A. NIETO GARCIA ha descrito con agudeza la situación actual de esta institución, aprovechando incluso las aportaciones recientes de R. GARCIA MACHO –relaciones de base y relaciones de funcionamiento extraídas de la doctrina alemana (21)– sostenimiento que la situación actual puede resumirse en las siguientes afirmaciones (22):

- Mediando relaciones de sujeción especial, lo primero que hay que hacer –tal como recomienda incansablemente GARCIA DE ENTERRIA (1.990)– es determinar con precisión si efectivamente existe tal relación, dado que con frecuencia por tal entienden los Tribunales relaciones inequívocamente generales.

(20) BAÑO LEON, J.M^a., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1.978)*, ed. Universidad Complutense de Madrid-Civitas, Madrid, 1.991. Sostiene esta opinión de las *besondere Gewaltverhältnis* de la que discrepamos:

“Sirve esta referencia a una de las decisiones más importantes del T.C. sobre el alcance de la reserva de ley para poner una nota conclusiva a este epígrafe: si el punto de vista de afectación a los derechos fundamentales tiene importancia en las decisiones del T.C. sobre el alcance de la reserva, casi nunca es posible estimarlo como un criterio seguro. La última decisión citada del T.C. marca desde luego un punto de inflexión muy próximo a la doctrina “sustancialista” alemana y, en estos términos, el carácter general o especial de la relación jurídica entre los particulares y la Administración no parece tener una importancia de primer orden. La Constitución, desde luego, avala esta última conclusión, y es de desear abandonar una distinción, la de las relaciones generales y especiales, que ha calificado en ocasión reciente de “imprecisa en sí misma” (STC 81/1.990, de 21 de enero, F.J. 6^a, “in fine”).”

(21) JIMENEZ LECHUGA, F.J., *Relaciones de especial sujeción y límites constitucionales: el caso de los militares, los funcionarios y los enfermos hospitalarios, de próxima y previsible publicación en R.A.P. o R.A.A.P.*

(22) NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, ed. Técno, Madrid, 1.993.

- Confirmada la especialidad, no por ello escapa su régimen jurídico de la aplicación de los principios del Derecho Penal (o más recientemente todavía, de los principios generales del Derecho sancionador) y, entre ellos y por lo que aquí interesa, el de la legalidad (más adelante será examinada (23), desde la misma perspectiva la prohibición del *bis in idem*). Es inconstitucional la falta absoluta de respeto a la legalidad.
- Ahora bien, este principio no se aplicará aquí en los mismos términos que en el Derecho Penal o en el Derecho Administrativo Sancionador de las relaciones generales, dado que, por lo pronto hay que distinguir entre las relaciones Básicas y las relaciones de funcionamiento que se insertan en toda relación especial. En las relaciones básicas son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad, mientras que en las relaciones de funcionamiento se aplicarán con “matizaciones”.
- El alcance de estas matizaciones no puede ser señalado de antemano, ya que depende de la intensidad de la especialidad de la relación y sólo podrá ser fijado de manera causística.
- Sea como fuere, ni que decir tiene que la matización se traducirá en una exigencia más suave de la regla de reserva legal y del mandato de tipificación, permitiendo un margen mayor a la colaboración reglamentaria y a la valoración de los órganos administrativos (24).

(23) NIETO GARCIA, A., *op. cit.* Dice:

“Como es sabido, un apreciable sector de la doctrina española, aceptando las influencias directas de la alemana, entiende que la actuación administrativa sólo es legítima si viene autorizada de forma expresa por la Ley, de tal manera que en silencio de éste no puede actuar aquélla. Pues bien, tal como ha de verse más adelante, se constata la existencia de una corriente jurisprudencial que, confundiendo ambos principios, aplica a las sanciones las reglas genéricas de la vinculación positiva de la Administración a la Ley y entiende que la reserva legal de las sanciones administrativas queda cumplida cuando media una “cobertura legal” de la sanción. Las consecuencias teóricas y prácticas de deslizamiento de la reserva legal a la cobertura legal son gravísimas: el Derecho Administrativo Sancionador pierde su especificidad, y, con ella, su identidad. La actividad sancionadora de la Administración se convierte así en una actividad interventora más con olvido de una tradición contenaria, de una doctrina que parecía definitivamente consolidada y, en último extremo, de un mandato constitucional expreso. Con esta mutación –tanto más peligrosa, cuanto que está teniendo lugar singularmente hasta tal punto que todavía no ha sido denunciada– desaparece el Derecho Administrativo Sancionador y se borra lo más sustancial del artículo 25.1 de la Constitución.”

(24) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 199, “in fine”.

III.- LA RESERVA DE LEY. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES.

Abunda al propio profesor A. NIETO GARCIA en el rigorismo conceptual del principio de legalidad por la doctrina española –procedente de fuentes alemanas seguramente– que tiene su desdoblamiento natural en la reserva de ley y la tipificación de las conductas punibles y la discordancia con la propia realidad y la naturaleza de las cosas. Este divorcio entre la realidad social y teórica hace que el principio conozca desfallecimientos y relajaciones inadmisibles para un jurista formado mínimamente en los principios que ha defendido no sin cierto apasionamiento E. GARCIA DE ENTERRIA. Son significativas las palabras del profesor A. NIETO GARCIA que, sobre la cuestión y a pesar de lo extenso de la cita, ha escrito:

“... Es muy posible que ninguna otra expresión aparezca con más frecuencia que ésta en los repertorios jurisprudenciales ni haya sido objeto tampoco de análisis doctrinales tan abundantes y extensos. Pero a pesar de ello –o quizás por causa de ello–, nada permanece tan confuso, ni a un sólo significante se han correspondido nunca tantos y tan distintos significados, como ya lo ha advertido el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de diciembre de 1.991: “esta expresión (“principio de legalidad”) adolece en el uso común de alguna equivocidad”. Por decirlo con palabras de REBOLLO (1.991,68), esta terminología del principio de legalidades equivoca porque no hay aquí una conexión especial con la ley sino con el Derecho, y confusa, porque dificulta la percepción de un auténtico principio de legalidad que merezca propiamente esa denominación. Con esta otra denominación se le presenta, además, como una conquista histórica, como si fuera posible y hubiera existido anteriormente una Administración que escapara de él. Como es sabido, para este autor el principio de legalidad “es la forma concreta que adopta el principio de juricidad en el Estado de Derecho”, una formulación que (al menos tal como yo la entiendo), desciende, sin duda, de la de GARCIA DE ENTERRIA, antes expuesta, pero que desde luego no coincide con ella.

IV.- LOS HECHOS ENJUICIADOS.

La STC 117/1.995, de 17 de julio (25), tiene su origen en el recurso de amparo 2110/1.992, interpuesto por el Casino de Juegos Gran Madrid, S.A. contra la Sentencia que dictó la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 2 de julio de 1.992 (26), ya que se interpuso una sanción de medio millón de pesetas a la referida Sociedad por la transmisión del 5 por ciento de las acciones sin la autorización del Ministerio del Interior en base a un reglamento de 1.979. Pero, los hechos, sintetizados en lo posible, son los siguientes:

(25) B.O.E. núm. 200, de 22-8.

(26) Por cierto que, como letrado de la referida Sociedad, intervino D. Santiago Muñoz Machado.

1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia de Madrid el 1 de agosto de 1.992, y llegado a este Tribunal el siguiente día 3, la Sociedad Anónima “Casino de Juego Gran Madrid”, interpuso el recurso de amparo del cual se hace mérito en el encabezamiento y en cuya demanda se nos dice que el Ministerio del Interior impuso a la antedicha sociedad la multa de 500.000 pesetas por infracción del art. 19, a) del Reglamento de 1.979, Reglamento de Casinos de Juego (Orden Ministerial de 9 de enero de 1.979), como consecuencia de la transmisión de acciones, en porcentaje superior al 5 por ciento del capital social, sin la autorización previa de la Comisión Nacional de Juego, acciones que –siempre según esta versión– pertenecían a otra sociedad, accionista a su vez del Casino, que hubo de cederlas en un procedimiento de suspensión de pagos. El Casino de Juego Gran Madrid, S.A. no tuvo pues responsabilidad alguna en la transmisión y formuló recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, donde solicitó la nulidad de actuaciones que desmbocaban en la sanción no sólo por no ser responsable de la infracción, sino también por vulnerar el art. 25.1 C.E. En efecto, la Orden Ministerial que aprobó el Reglamento de casinos respetaba la reserva de ley consagrada en tal precepto constitucional.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo dictó Sentencia, en 5 de mayo de 1.989, estimando la demanda por no haberse infringido el art. 19.2 del Reglamento de Casinos, aunque desestimó la excepción de inconstitucionalidad aducida. Apelada la Sentencia por el Abogado del Estado, la Sociedad Anónima presentó escrito en el que se adhirió a la apelación, suscitando nuevamente la cuestión relativa al artículo 19, a) del Reglamento de Casinos de 1.979 por infracción del art. 25.1 C.E. El 2 de julio de 1.992 la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó Sentencia estimando el recurso, por entender que había existido infracción del art. 19, a) del citado Reglamento, pero sin hacer referencia alguna a la inconstitucionalidad planteada.

El amparo tiene como fundamento, en primer término, la infracción del art. 25.1 C.E., denunciada en la vía judicial, alegación que se basa en la doctrina expuesta del STC 42/1.987 (Casino de Mallorca), donde se enjuició la misma Orden ministerial de 1.979 desde la perspectiva constitucional (aunque diferente precepto), concluyendo que se infringía la reserva de ley establecida en el art. 25.1 C.E. por establecer “*ex novo*” tipos sancionadores no contemplados en el art. 4, a) del Real Decreto-ley 16/1.977 (que es una norma en blanco), ni el Real Decreto 444/1.977, de 11 de marzo, al cual no alcanza dicha reserva de ley por no tener carácter retroactivo. Entienden los recurrentes que la norma, al ser postconstitucional, no respeta la reserva de

ley y entienden también que la STS infringe al art. 24.1 C.E., por incongruencia omisiva, al no contemplar la alegación de nulidad absoluta por inconstitucionalidad del art. 19 del meritado Reglamento de 1.979.

Dada la tramitación que la L.O.T.C. y su Reglamento prevén, se dictó la sentencia objeto de este comentario jurisprudencial (27).

V.- LA RESERVA DE LEY Y LAS SANCIONES IMPUESTAS "EX REGLAMENTO". PROSCRIPCIÓN DE TALES SANCIONES O INEXISTENCIA DE RESERVA REGLAMENTARIA EN LA TIPIFICACIÓN DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS SEGÚN EL ART. 25.1 Y 3 C.E.

El Tribunal Constitucional decide rápidamente lo que aquí es importante concediendo el amparo a la Sociedad recurrente y declarando la nulidad de la Resolución del Ministerio del Interior de 11 de abril de 1.985 y la STS de 2 de julio de 1.992.

Entiende que se han infringido el principio de juricidad conforme al cual deben actuar las Administraciones públicas (28) (arts. 9.3 y 106.1 C.E.). Y entiende que se ha vulnerado el principio de legalidad —según propia doctrina anterior del propio T.C.— al ser la norma que tipifica la conducta postconstitucional. En efecto, la STC 117/1.995, de 17 de julio, dice:

"No es posible exigir la reserva de ley que incorpora el art. 25.1 C.E. para la habilitación de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas con un alcance retroactivo a disposiciones reglamentarias preconstitucionales (SSTC 15/1.981, 42/1.987, 101/1.988, 29/1.989, 83/1.990, 219/1.991, 93/1.992 y 305/1.993). Ahora bien, tampoco son admisibles las habilitaciones a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones sin límite en el tiempo, concedidas en leyes anteriores a la Constitución, desde su entrada en vigor, que han de considerarse caducadas por derogación siempre que innoven el sistema de infracciones y sanciones preexistentes. La pervivencia de normas reglamentarias reguladoras o sancionadoras preconstitucionales tiene como validar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas (STC 177/1.992), hasta el punto de vedar incluso la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la disposición anterior (STC 305/1.993). En caso contrario se produciría el efecto perverso de mantener *ad calendas graecas* después de la Constitución, infracciones que, se mire como se mire, carecen de la necesaria cobertura legal (STC 45/1.994)."

(27) Vid. SSTC 83/1.984, 99/1.987, 101/1.988, 83/1.990 y 305/1.993, entre muchas.

(28) Principio este que ha estudiado y desarrollado M. REBOLLO PUIG.

Y con más rotundidad todavía:

"... En consecuencia, la sanción impuesta por una conducta tipificada por primera vez en una disposición reglamentaria posterior a la Constitución sin respaldo suficiente, desconoce el derecho al principio de legalidad proclamado en su art. 25.1 C.E. y adolece de nulidad radical, para lo que hemos de dar el amparo que se nos pide."

Está, finalmente, claro que de las dos pretensiones de la Sociedad recurrente ante el T.S., éste no estima ninguna. La primera, la vulneración del principio de legalidad, que es la que el T.C. acoge y, la segunda, la falta de tipificación del ilícito administrativo, tampoco es estimada al entender que la conducta de la Sociedad recurrente se puede perfectamente subsumir en el supuesto del art. 19, a) del citado Reglamento de 1.979.

V.- CONCLUSIONES.

Parece, pues, que el principio de legalidad, en sus dos facetas de necesidad de reserva de ley y tipificación de conductas "ex ante" son de inexcusable observancia en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Esto es lo que quiere el art. 25.1 C.E. y 127 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Respecto de esto último ha observado agudamente A. NIETO GARCIA la contradicción que existe en este último precepto que puede hacer inoperante el principio de legalidad con la gravedad que este resultado indeseado produce. Afirma que la letra del artículo 127.1 no puede ser más clara, como acabamos de ver, pero la intención de la legalidad atributiva se desvanece por completo cuando la contrastamos con el epígrafe XIV de la Exposición de Motivos (ahora Preámbulo), donde se le describe como la "ratio democrática en virtud de la cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración". La frase es interesante desde el punto de vista retórico, aunque su análisis nos deje perplejos. Fijar los límites es, con toda evidencia, determinar una línea de actividad que no es lícito desbordar. Una técnica normativa que no sigue prácticamente nunca nuestro legislador sectorial.

Con lo cual nos encontramos en una situación verdaderamente anómala, en la que dos funciones atribuidas al principio de legalidad resultan inoperantes (29):

(29) NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, ed. Técno, Madrid, 1.993, págs. 185 y sigs.

- a) La función atributiva de facultad de ejercicio de potestad sólo se ha utilizado muy escasamente, de tal manera que, de interpretarse esta condición con rigor, se quedaría una parte sustancial de las Administraciones Públicas sin poder ejercer la potestad sancionadora.
- b) Y la función de establecimiento de límites, al olvidar lo más importante, o sea, la regulación de su contenido positivo, convierte al principio de la legalidad en un elemento ornamental del sistema (30).

En resumen, pues, puede afirmarse que:

Primero.- El principio de legalidad es inexcusable sin que quepa la imposición de sanciones disciplinarias o de orden similar sin la debida tipificación legal.

Segundo.- No caben deslegalizaciones ni remisiones en blanco al reglamento., Esto significa una renuncia pura y simplemente al deber del legislador (STC 83/1.984 y 42/1.987).

Tercero.- Incluso en las relaciones especiales de sujeción —que entendemos deben seguir manteniéndose por oposición a la tesis de J.M^a. BAÑO LEON—, el principio de legalidad debe operar plenamente. Esto no sólo en lo que se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales, sino al resto de los derechos de los ciudadanos. En este último supuesto, sentadas las bases de la tipificación de la conductas, puede y debe la Administración disponer de un más amplio margen para la regulación de estas situaciones.

Cuarto.- Deben los Tribunales de Justicia, en cualquier caso —quizás lo que debió hacerse en el caso de autos— inaplicar los reglamentos y demás disposiciones que infrinjan el principio de jerarquía normativa o de competencia y, subsiguiente, declarar nulos de pleno derecho los actos administrativos aplicativos con base en aquellos (arts. 6, 7 y 8 L.O.P.J.).

(30) Como anuncié al comienzo de este trabajo jurisprudencial quiero decir algo de la obra de A. NIETO GARCIA tantas veces aludida. La obra es de una factura excelente y su metodología es cuando menos novedosa. Cabe al profesor NIETO el mérito de haber abierto una brecha en el desordenado paisaje español de las sanciones administrativas y la transposición pura y simple de la tesis penalistas al Derecho Administrativo Sancionador desde unas nuevas bases sin menospreciar lo ya conseguido. Como la obra no está terminada (pág. 18), sería de esperar que algún joven doctorando acometiese la labor que resta por hacer al profesor NIETO. No puedo dejar de decir esto si quiero ser honesto conmigo mismo y con este formidable catedrático a quien tanto debemos quienes nos dedicamos con mayor o menor fortuna al estudio del Derecho Administrativo.

Quinto.- Por imperativo constitucional (arts. 25 y 106.1 C.E.) han de interponerse restrictivamente las potestades reglamentarias de la Administración porque en España no existe una reserva de Administración (algunos autores, no obstante, con ocasión del caso RUMASA y otros supuestos del Parlamento, han entendido que sí) sino un principio de legalidad que demanda una reserva de ley y una tipificación clara y precisa de conductas punibles.