

# EL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL

POR

J. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

Catedrático de Derecho administrativo

*A mi inolvidable amigo y compañero José Antonio Manzanedo Mateos, Profesor Agregado de Derecho Administrativo, y a Cristina, su mujer, que, por acompañarle en todo, tuvo el valor de seguirle hasta el fondo del mar.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ZONAS PACÍFICAS Y ZONAS POLÉMICAS.—III. AMBITO DE PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: A) *La situación del Derecho francés.* B) *Sistema penal e infracciones administrativas en Italia.* C) *El sistema anglosajón.*—IV. TÉCNICAS PROCESALES QUE PERMITEN UNA RESPUESTA JUDICIAL A LA INFRACCIÓN DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: A) *La presencia de la Administración en el proceso penal francés a través de funcionarios propios.* B) *La adaptación del proceso penal francés a la corrección de las infracciones administrativas:* 1. Facilidades para la constatación y prueba de las infracciones. 2. La citación o comparecencia directa del inculpado ante el juez sin instrucción de sumario o procedimiento. 3. La eliminación del proceso penal a través de la multa de composición y la multa de "forfait".—C) *El proceso contractual en Italia.* D) *La oblatione y la conciliación administrativa.*—V. LA RECIENTE LEGISLACIÓN DESPENALIZADORA: A) *Sentido y alcance.* B) *La despenalización en la ley italiana de 3 de mayo de 1967.* C) *La nueva legislación alemana sobre infracciones administrativas.*—VI. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA. ORIGEN Y DESARROLLO: A) *Consideraciones generales.* B) *De la Constitución de Cádiz a la Dictadura:* 1. Régimen constitucional y potestad sancionadora de la Administración. 2. Los equívocos constitucionales y la afirmación del poder sancionatorio administrativo en la legislación de 1845. 3. El doble poder sancionador del alcalde y el fracaso del Código penal como límite a las sanciones administrativas. 4. Los intentos de supresión y contención de la potestad sancionadora de la Administración. 5. La tendencia de la legislación especial administrativa a integrar la represión de este orden en el sistema penal común. C) *La legislación de la Dictadura y de la II República.* D) *El poder sancionatorio de la Administración desde 1939.*—VII. LAS CAUSAS DEL DESARROLLO DEL PODER PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA. EN PARTICULAR LA RIGIDEZ E INEFICACIA DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL: A) *Ausencia de los funcionarios públicos del proceso penal y falta de valor probatorio de la actividad administrativa de constatación de las infracciones.* B) *Ambigüedad en torno a la naturaleza y carácter del ministerio fiscal.* C) *La rigidez de la regla "nulla poena sine iudicio".*—VIII. CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.—IX. CONDICIONES PARA EL ACERCAMIENTO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL DERECHO EUROPEO.

## I

### INTRODUCCIÓN

El desarrollo espectacular, a cuyo progreso no se ve el fin, del poder sancionador de la Administración pública española está convirtiendo el tema de las infracciones administrativas en una cuestión grave, quizá la

más grave de las que tiene planteadas el ordenamiento jurídico español pero de la gravedad al dramatismo sólo hay un paso y ésta parece ser ya la fase en la que nos encontramos, pues las palabras y los hechos están subiendo de tono. Los penalistas acusan al Derecho administrativo de acaparamiento indebido de las funciones represivas y de vaciar las naturales competencias de los tribunales penales: “*La codicia del Derecho administrativo —afirma RODRÍGUEZ DEVESA (1)— reviste a veces formas inadmisibles, pues ni siquiera el positivismo más radical puede defender el que baste una ley para convertir en sanciones administrativas verdaderas penas privativas de libertad*”; en las Cortes los debates más apasionados se producen cuando se discuten temas relacionados con normas sancionadoras administrativas, como recientemente ha tenido lugar con motivo de la discusión y aprobación de la ley 36/1971, de 21 de julio, que reforma determinados artículos de la ley de Orden Público; los Colegios de abogados abordan y contestan estos poderes sancionadores por cuanto la cuestión está implícita en la más amplia temática de las jurisdicciones especiales; los medios de comunicación, en editoriales, comentarios y noticias, aluden constantemente el exceso del poder represivo de la Administración.

Resumiendo muy esquemáticamente el estado de opinión, podría afirmarse que las creencias más generalizadas son las siguientes: se piensa en primer lugar que la Administración española detenta un poder ajeno, mientras que el Derecho administrativo teoriza y legitima dicho poder como connatural y esencial para el normal funcionamiento del ejecutivo; se parte, al propio tiempo, de la inocencia del Derecho penal y del propio sistema judicial penal, cuya organización y funcionamiento se cree es ajeno al desarrollo del poder punitivo de la Administración; se piensa, por último, que ese desarrollo es consecuencia de un autoritarismo administrativo extraño a los estados liberales, contrario a las esencias del Estado de Derecho e incluso anticonstitucional.

Pero ni todo es verdad ni todo es mentira en ese difuso y complejo estado de opinión cuya virtualidad a nuestros efectos ha de consistir en señalar los interrogantes que exigen una respuesta urgente a la que ha de subordinarse toda la instrumentación metodológica. Porque, dicho sea de paso, hasta ahora el tratamiento del poder sancionador de la Administración ha consistido en un estudio sectorial y problemático: sectorial por haber sido abordado con timidez, pero sin conexión ni esfuerzo coordina-

---

(1) *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1971, p. 17.

por el Derecho administrativo y el Derecho penal, por cuanto a todos afecta, al menos, como una cuestión de límites; tratamiento problemático, por cuanto el carácter de zona fronteriza que ha pesado siempre sobre las sanciones administrativas ha llevado a la ciencia penal española a renunciar a un estudio frontal y exhaustivo gastando toda la energía discursiva en la eterna cuestión previa sobre la adscripción de este sector del ordenamiento a una y otra disciplina jurídica y condenando —lo que es muy propio del Derecho penal— a las sanciones administrativas a un obsesivo y constante problematismo. Efectivamente, desde que GOLDSCHMIDT publicó en 1902 su famosa obra (2) sobre Derecho penal administrativo, la ciencia penal española no ha dejado de preguntarse metafísicamente sobre el carácter de las sanciones administrativas, desdeñando el estudio del material normativo en que refleja en nuestro Derecho, desdeñando asimismo hacer uso de un comparatismo elemental que sirva de medida para graduar el desarrollo de las infracciones administrativas y desdeñando, por último, todo tipo de historicismo que permita saber de dónde viene ese poder a la Administración española y a dónde nos puede llevar si no se corrige su trayectoria (3).

Son varias las razones por las que los penalistas repudian el estudio de la legislación administrativa represiva.

Una de ellas suele ser la de su falta de codificación, el constituir una legislación *extra codicem* y, por tanto, excepcional y anormal —según la acostumbrada terminología peyorativa de los penalistas— aunque esa anormalidad se prolongue más allá de la vigencia de los propios códigos penales. En todo caso, el mito de la codificación, tan querido de la ciencia penal (4), suele ser una primera objeción en que fundar el repudio de las normas administrativas sancionadoras. Frente a esa actitud conviene recordar que el Código penal, como cualquier otro, no comporta un *plus* de valor formal frente a cualquier otra norma con rango de ley; que la codificación misma es un lujo, una meta inalcanzable en una época caracterizada por la exuberancia y transitoriedad de elaboración de las

(2) *Das Verwaltungstrafrecht*, Berlín, 1902.

(3) Amplia información bibliográfica y un resumen de la cuestión en JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1956, tomo I, pp. 46 y ss.

(4) Hasta tal punto es esto cierto que el único libro que por su título parece ofrecer un estudio de las infracciones administrativas, el de CASTEJÓN, *Faltas gubernativas y administrativas*, en el fondo no es más que un alegato en favor de la necesidad de confeccionar un Código de la infracción de policía; otra obra con ambicioso título, pero que agota la mayor parte de su contenido y el esfuerzo del autor en abstractos prolegómenos sobre el ordenamiento jurídico-administrativo, el Derecho administrativo y el ilícito administrativo, es la de MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965.

normas jurídicas, sin que, por otra parte, comporte ninguna garantía jurídica especial el que la norma se sitúe fuera o dentro del Código penal, que se sustituye o reforma tantas veces cuantas quiere el legislador de turno (5).

Otro argumento para separar del mundo jurídico-penal las infracciones administrativas consiste en suponer que en éstas no concurren algunos de los elementos que la teoría técnico-jurídica del delito da por supuestas en las infracciones codificadas. Este argumento, referido a la supuesta falta de tipicidad, ha sido recientemente esgrimido ante las Cortes por el procurador HERRERO TEJEDOR (6) para defender la competencia administrativa y la incompetencia judicial en la represión de las infracciones contrarias al orden público: *“El poder judicial —afirmó— tiene el poder punitivo contra los actos de las personas que están tipificadas... No se puede traspasar por tanto a las autoridades judiciales lo que no les competen, y que no producirían otro efecto que malgastar la esencia y potencia del poder judicial.”*

El argumento no es, a nuestro juicio, válido, pues dentro del Código penal hay sobrados ejemplos de falta de tipificación, como ocurre en los delitos de prensa e imprenta y en los delitos y faltas que incriminan conductas por la simple inobservancia de las leyes o reglamentos administrativos, mientras que, por otra parte, la legislación administrativa sancionadora ofrece ejemplos más que sobrados de conductas perfectamente tipificadas y a las que se conecta una sanción. Tampoco resulta fácil prestar asentimiento a la tesis de que el poder judicial no debe “gastarse” cuando falta una correcta tipificación. Lo lógico sería compensar ese defecto de tipificación, esa falta de garantía, con la intervención del juez y no restar ésta a la falta de aquélla.

Pero, en último término, el argumento que explícita o implícitamente ha provocado el abandono por la ciencia jurídico-penal del estudio de las infracciones administrativas es la circunstancia de que éstas son impuestas directamente por la Administración a través de órganos ordinarios o colegiados a modo de tribunales administrativos. De esta forma, el Derecho penal español renuncia a establecer sus fronteras sobre la realidad de la actividad represiva del Estado, centrando su objeto sobre

---

(5) Más adelante nos detendremos en la exposición de la solución arbitrada por la Constitución de la V República francesa a esta cuestión, así como acerca de la flexibilidad adoptada en este punto por el Código penal del vecino país.

(6) *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, apéndice 216, p. 61, en que se recoge la discusión relativa a la ley 36/1971, de 21 de julio, que reforma determinados artículos de la ley de Orden público.

la parte de aquella que se efectúa a través del sistema judicial. Esa actitud, esa limitación, resulta incongruente con el hecho de que la ciencia penal ha optado hace tiempo con excluir de su ámbito de estudio los aspectos procesales y orgánicos reduciendo la materia penal a las normas substantivas y desde esa toma de posición debería resultar irrelevante el que la norma que define y sanciona una conducta sea aplicada por los tribunales o por la Administración pública.

Repudiada por la doctrina penal, poco puede hacerse en y desde el Derecho administrativo para dar cuenta de una normativa que por su naturaleza punitiva sólo puede comprenderse desde los instrumentos dogmáticos que con precisión casi matemática se han elaborado por el Derecho penal. Poco podía hacerse y poco más se ha hecho por el Derecho administrativo que dar cuenta del crecimiento del poder sancionador de la Administración, cuestionar sobre su legitimidad y arbitrar las mínimas garantías del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo (7).

Parece, pues, llegado el momento de abandonar todo ese problematismo sobre si las infracciones administrativas pertenecen o no al Derecho penal para comenzar un estudio con perspectiva histórica y comparatista. Hay, además, problemas muy graves, interrogantes de urgencia del momento político y jurídico que exigen respuestas incompatibles con ociosidades metafísicas y deslindes preciosistas entre las disciplinas jurídicas. Y es que lo que realmente importa saber ahora es si es o no patológico el desarrollo del poder sancionador de la Administración española; si por ello es esencialmente diferente nuestro ordenamiento con

---

(7) Especial preocupación ha mostrado recientemente por la cuestión de las sanciones administrativas denunciando la lesión que su existencia puede comportar a los derechos fundamentales, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, en *Libertad religiosa y Orden público*, Tecnos, 1970, y *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, Salamanca, 1971; en el mismo sentido de repudio del antitiranismo administrativo que los poderes punitivos de la Administración comportan, GONZÁLEZ PÉREZ, en *Administración pública y libertad*, Méjico, 1971, y *Comentarios a la ley de Orden público*, Madrid, 1971.

A pesar de estas importantes reacciones, constituye un lugar común de la doctrina administrativa española la creencia de que el poder de policía de la Administración comporta un poder sancionador o represivo, sin más problema que el de sus límites en relación con el poder penal de los tribunales. Hay quienes en el colmo del entusiasmo administrativo llevan a sostener la incapacidad de los jueces para el ejercicio de ese poder punitivo. En este sentido MONTROYA MELGAR (*Jurisdicción y administración del trabajo*, Tecnos, 1970, p. 138) llega a afirmar que "iría contra la naturaleza de las cosas" que la Magistratura del Trabajo pudiera imponer una sanción administrativa.

Urgc, pues, y éste es el sentido del presente trabajo, desmitificar el concepto y funcionalidad de la policía administrativa como técnica de intervención, precisando que tiene un carácter meramente preventivo. *Vid.* por todos CAULLEI, *Cours de Police Administrative et Judiciaire*, 16 edición, París, 1955, p. 291; CASTAGNE, *Le controle Jurisdictionnel de la Legalité des Actes de Police Administrative*, París, 1964, pp. 22 y ss.

respecto a otros de nuestro mismo ámbito geográfico y cultural; y supuesta la diferencia indagar sus causas y buscar remedios a esa situación.

Evidentemente, las cuestiones enumeradas no pueden resolverse desde la aldeana perspectiva de una disciplina jurídica, sea el Derecho penal, el Derecho procesal o el Derecho administrativo. Todas esas disciplinas tendrán algo que decir y habrán de ser tenidas en cuenta para articular unas respuestas coherentes al hecho diferencial más notable y singular del ordenamiento jurídico español.

## II

### ZONAS PACÍFICAS Y ZONAS POLÉMICAS

No todo lo que entra en una amplia concepción del poder sancionador de la Administración es objeto de cuestión. No todas las infracciones y sanciones administrativas son discutidas, son contestadas, y ello porque hay una gran variedad y notables diferencias desde el punto de vista de las justificaciones entre unas y otras.

Singularidad propia tienen, en efecto, las sanciones disciplinarias que la Administración impone a sus funcionarios y sobre la que pueden discutirse aspectos parciales de su organización y diseño legal, pero, y de momento, no la justificación misma de que la Administración pueda sancionar a sus funcionarios. La razón quizá derive del hecho de que todavía es históricamente reciente la adquisición por los funcionarios de un sistema de estabilidad en el empleo, frente a los antiguos avatares del *spoils system*, seguridad compensada con un poder correctivo interno. Para su justificación poco importa que se esgrima que la relación del funcionario con la Administración es de carácter negocial o contractual, o se afirme, siguiendo la moda, que el funcionario está en una relación estatutaria. En todo caso, es el funcionario quien ha ido al encuentro de ese poder, sometiéndose voluntariamente a una relación jurídica y aceptando todos sus contenidos negociales o reglamentarios. El poder disciplinario, vistas así las cosas, aparece como una reacción frente a los incumplimientos producidos en el seno de una relación de servicios, constituyendo la sanción máxima, la separación del servicio, en el fondo, ni más ni menos, que una rescisión de contrato (8).

---

(8) Las consideraciones del texto aplican, a nuestro juicio, el hecho de que los ordenamientos donde aparece una reglamentación sobre los derechos y deberes de los funcionarios públicos se atribuya a la Administración pública una potestad disciplinaria que se ejercita en régimen de Derecho administrativo. Con ello no pretendemos, sin embargo,

Lo mismo podría derivarse de las sanciones que se imponen a los contratistas o concesionarios. Se trata también de situaciones voluntariamente aceptadas y de sanciones que operan como privativas de bienes jurídicos que son contenido de la relación negocial y explicables como reacciones frente a incumplimientos reales o supuestos.

Pero las justificaciones anteriores no sirven para que la Administración castigue a quienes caminan por la vida como simples súbditos sin haber aceptado voluntariamente una relación especial de poder con sus inevitables cargas, pero también con todas sus indudables ventajas, prerrogativas y derechos. Las sanciones administrativas que entran, pues, en la zona polémica son las restantes, las que impone la Administración, como supuesta consecuencia de los llamados —con muy defectuosa y equívoca terminología— poderes de policía general o de orden público, o de policía especial en los diversos sectores de la actividad administrativa, y que afectan a la propiedad y a la libertad de los súbditos. Más claramente todavía, la zona polémica son las sanciones que el ordenamiento español permite imponer abiertamente a la Administración en materia de orden público, prensa, contrabando, moneda, comercio, turismo, vivienda, caza, pesca, urbanismo, industria, etc., y por infracciones a la legislación administrativa.

Pero a pesar de la carga opresiva de esta equívoca terminología de los policías generales o especiales, no surgen en ellas relaciones especiales de poder, relaciones jurídicas voluntariamente aceptadas, cuyos contenidos pueden ser reducidos o eliminados en base a la mecánica jurídica del incumplimiento contractual. El ciudadano está aquí en situación de simple súbdito, y la relación de supremacía general o los poderes concretos de intervención administrativa no justifican privaciones de derechos y libertades operadas directamente por la Administración. El Derecho administrativo comparado nos ofrece —como vamos a ver a continuación— el espectáculo ejemplar de una Administración sin poderes represivos o sancionadores, de una Administración no por ello menos defensora y protegida en la defensa de sus múltiples disposiciones y providencias de signo interventor; pero protegida y con absoluta eficacia no por sí misma, sino cabalmente, a través del sistema judicial penal, que juega no como un mecanismo de garantía de reacción externa ante la desobediencia a sec-

---

sentar ninguna conclusión definitiva sobre la naturaleza y fundamento de tal poder de la Administración, remitiendo al lector el excelente y exhaustivo trabajo de NIETO, *Problemas capitales del Derecho disciplinario*, publicado en el núm. 63 de esta REVISTA.

tores acotados del Derecho en los estrechos límites de un código, sino como garantía última de todo el ordenamiento, incluido, como no podía ser menos, la legislación administrativa en su totalidad.

### III

#### AMBITO DE PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Más allá de lo que hemos llamado las zonas pacíficas —sanciones a funcionarios y a concesionarios o contratista y limitadísimos casos especiales—, el ordenamiento de los países europeos no acepta que la Administración puede imponer por sí misma ninguna clase de sanción, ni el Gobierno mismo, ni los ministros del Interior, ni los prefectos, ni las autoridades locales, ni los titulares de los diversos sectores especializados de la Administración pueden imponer a los ciudadanos *ningún* tipo de sanción por mínimo que sea. Ni las alteraciones al orden público, ni las infracciones a la disposición administrativa especial, comportan consecuencias administrativas de orden sancionador, como a continuación vamos a ver con algún detalle.

#### A) *La situación del Derecho francés*

Dos instituciones claves, ambas judiciales, monopolizan en Francia el poder sancionador estatal como consecuencia de las infracciones a la legislación administrativa: los Tribunales de Policía y Correccionales y el Contencioso de Represión. Los primeros son verdaderos tribunales penales, servidos por jueces, integrados en el sistema judicial común. Las infracciones que dichos tribunales corrigen son las infracciones a la legislación administrativa, integradas de lleno por derecho propio en el Código penal. Más aún, después de la Constitución de 1958 y en virtud de la deslegalización operada al efecto, la definición de lo que son infracciones de policía es competencia del poder reglamentario autónomo de la Administración, y dichas infracciones vienen a constituir lo que se llama —frente a la parte legislativa— la segunda parte del Código penal o parte administrativa. La base del mecanismo está ahora en el artículo 25 del Código penal:



*“Las contravenciones de policía y las penas que le son aplicables en los límites fijados por los artículos 465 y 466 del Código penal son determinadas por decretos tomados en las formas previstas para los reglamentos de Administración pública.”*

El poder ejecutivo puede, pues, definir infracciones a las que automáticamente se conectan las sanciones previstas por el Código penal; pero el poder ejecutivo que puede definir infracciones con poder propio no puede aplicar sanciones, pues ello es competencia de los tribunales de policía.

Otro rasgo a destacar del Derecho francés es el de la existencia de una cobertura penal general para la protección de la legislación administrativa, mediante la previsión genérica como infracción de policía en el artículo R 16-14 (antiguo y famoso artículo 471-15), de las infracciones y desobediencias a *“aquellos que hubiesen contravenido a los decretos o ‘arrestés’ legalmente hechos por la autoridad administrativa o a los decretos publicados por la autoridad municipal”*.

Esta es la situación actual; pero la tradición del Derecho francés responde igualmente a un rechazo del poder sancionatorio directo de la Administración. Cuando en el vecino país se hablaba y se habla de represiones o sanciones administrativas se hacía y se hace referencia a las derivadas de conductas del funcionariado o a las previstas en la legislación colonial sobre los indígenas. Esta situación fue alterada por el régimen de Vichy primero, y después, por la legislación económica de la postguerra contenida en la Ordenanza de 30 de junio de 1945, que atribuía poderes sancionadores directos a la Administración de comercio, poderes que han desaparecido, integrados en el sistema judicial común antes descrito, en virtud de la Ley de 28 de noviembre de 1955. En todo caso, debe notarse que la doctrina francesa, tanto la penal como la administrativa, como la que ha hecho substantivo a efectos de constituir una disciplina jurídica independiente el tema de las libertades públicas, está siempre alerta frente a cualquier quebranto del principio de que toda la actividad represiva del Estado debe realizarse a través del sistema judicial común.

En la actualidad —aparte del poder disciplinar—, sólo caen fuera del sistema judicial común las sanciones que se imponen a través del denominado contencioso de represión; pero conviene advertir inmediatamente que en el contencioso de represión no hay competencia sancionadora de la Administración activa, que se limita a instruir el expediente de cons-

tación de los hechos infractores, por no corresponderle a ésta, sino a la Jurisdicción contencioso-administrativa la imposición de las sanciones. Son, pues, los tribunales, los tribunales contenciosos, los que ejercen el poder penal.

Se trata además de una excepción dentro del sistema contencioso-administrativo a su carácter revisor de actuaciones ya cumplidas o decididas por la Administración activa. No hay en este contencioso acto previo (sancionador había de ser) de la Administración. Se trata, en suma, de una supervivencia del inicial carácter plurifuncional de la jurisdicción contenciosa, que está presente en su orígenes, y que se intentó establecer en España con el proyecto SILVELA, en 1838.

El ámbito del contencioso de represión comprende las infracciones a la *grande voirie* o dominio público mayor, y es una supervivencia histórica de las funciones garantizadoras que correspondían a los intendentes del antiguo régimen en auxilio de su propia competencia en la apertura y conservación de las vías públicas. La Revolución atribuyó esa competencia a los tribunales penales, y, tras el fracaso de éstos, a los consejos de prefectura. Comprende este sector las infracciones sobre el demanio marítimo, sobre el demanio fluvial y las grandes vías terrestres, competencia ahora mermada en materia de infracciones de tráfico y por otras disposiciones recientes que marcan una tendencia a englobar esa función represiva en la común de los tribunales de policía y correccionales.

#### B) *Sistema penal e infracciones administrativas en Italia*

La garantía penal del Derecho administrativo se presenta en Italia —más o menos— en los mismo términos que en el Derecho francés.

La característica esencial del sistema italiano es también por ello la atribución a los tribunales penales del castigo de las infracciones a la legislación administrativa, en virtud del principio consagrado en el apartado E) del artículo 2 de la fundamental Ley de 20 de marzo de 1865: "*A la giurisdizione ordinaria saranno devolute tute le cause per contravvenzione comunque vi possa essere interesata la Pubblica Amministrazione e an corchè siano emanati provvedimenti del Potere ejecutivo o dall' Amministrativo*", reservándose a la Administración un ámbito propio, casi doméstico, en el que ejercita por sí misma la función represiva, ámbito que en la actualidad se ha ampliado con la Ley de 3 de mayo de 1967, por la que se despenalizan determinadas materias. El paso, como veremos,

de esta competencia a la Administración no implica un desapoderamiento de los tribunales penales, que conservan un control sobre esa actividad represiva a través del sistema de recursos.

Como señala ZANOBINI (9), en el Derecho administrativo la infracción de los deberes generales y especialmente aquellos que afectan al orden público y a la policía en sus varias manifestaciones, las antiguas penas administrativas han sido sustituidas por penas comunes contravencionales.

Como reductos de esa antigua concepción ya superada, resta en la competencia de la Administración la posibilidad de imponer sanciones en las siguientes materias :

- En materia tributaria, en la que las penas pecuniarias han conservado su carácter de sanción administrativa, sanción que es compatible y absolutamente independiente de la penal o, incluso, de la civil (recargos) que pueda corresponder al infractor por los mismos hechos (Ley de 9 de gennaio de 1929).
- Por infracción a deberes derivados de especiales relaciones de poder, sin perjuicio de las sanciones penales por los mismos hechos. En relación de sujeción especial, según el mismo autor, están los militares, los funcionarios, los miembros de los órganos colegiados, los pertenecientes a asociaciones y corporaciones públicas, los acogidos a institutos públicos y los concesionarios de servicios públicos.

Fuera de los supuestos anteriores, el castigo de las infracciones a la legislación administrativa se lleva a efecto por el sistema penal común, en el que tienen entrada normalmente por su calificación en el Código penal o en la legislación administrativa como infracciones contravencionales, categoría alternativa de los delitos, y que justamente con ésta agotan la materia penal.

Dentro del Código penal están incluidas, como contravenciones, las desobediencias a los “mandatos de la autoridad, legalmente hechos por razones de justicia o de seguridad pública, o de orden público, o de higiene” (art. 650); las desobediencias a la identificación personal, a prestar colaboración en ocasiones de tumulto (art. 652); la formación de cuerpos armados (art. 653); la manifestación de sediciosos o peligrosos (arts. 654 a 658); el ejercicio del arte tipográfico sin licencia de las auto-

(9) *Corso di Diritto amministrativo*, I, pp. 358 y 359.

ridades o sin observar las prescripciones legales (arts. 659-661); la apertura o ejercicio de agencias de negocios o espectáculos públicos sin la preceptiva licencia o declaración ante la Administración (arts. 665-668); los ejercicios de oficios propios del vagabundeo o de la mendicidad, sin observar las prescripciones de la Ley de Seguridad Pública (arts. 667-671); la entrada en lugares prohibidos por interés militar, publicación no autorizada de las discusiones o deliberaciones secretas del Parlamento (arts. 682-685); la fabricación, introducción, tenencia o venta de drogas o bebidas, sin observar las prescripciones de las leyes o de la autoridad (arts. 689 a 691); el uso por los comerciantes de medidas o pesas ilegales (arts. 692-694); la fabricación, consumo o tenencia de armas y explosivos sin autorización (arts. 695-703); las infracciones a la policía sanitaria (arts. 728-730); las contravenciones a la actividad social de la Administración en materia de instrucción y trabajo de menores y de conservación del patrimonio arqueológico, histórico, artístico o de las bellezas naturales (arts. 731-734), etcétera.

Contravenciones penales son también otras muchas infracciones previstas en la legislación administrativa, a las que como tales infracciones penales se aplican las normas y principios del Código penal (art. 16 C. P.), salvo que una norma legal establezca una excepción, pero siempre con respeto a los principios fundamentales. Lo mismo puede decirse del régimen procesal, con lo que la singularidad queda reducida prácticamente al lugar *extra codicem* de colocación en el ordenamiento.

Una de las leyes más importantes de esta legislación marginada del Código, y llamada por ello, con desdén penalista, legislación extravagante, es la contenida en el texto único de la Ley de Seguridad Pública, aprobada por Real Decreto de 18 de junio de 1934. A este texto se le atribuye también un valor complementario del Código penal por la constante referencia que éste hace a aquél, y muchos de los preceptos del Código son normas en blanco que han de ser llenadas con los preceptos substantivos de la Ley de Seguridad Pública, algunos de los cuales, por cierto, a pesar de no haber sido formalmente derogados, han perdido su valor por resultar incompatibles con los principios de libertad y los derechos públicos subjetivos garantizados por la Constitución.

Las infracciones previstas en este texto se refieren a la incomparecencia ante la autoridad de Seguridad Pública (art. 15), reuniones y manifestaciones (art. 18), cultos y prácticas religiosas (art. 25), tenencia y circulación de armas o incumplimiento de los deberes de registro (arts. 28 a 62), prostitución, etcétera.

En materia sanitaria se prevén numerosas infracciones de carácter contravencional, como las omisiones de denuncias de muerte y de aborto por parte de los ejercientes de la medicina; o las previstas con motivo del ejercicio farmacéutico en el comercio de sustancias venenosas o estupefacientes, y las relativas a la higiene del suelo o de la vivienda, del agua potable o la alimentación, contenidas todas ellas en diversos textos, siendo el más importante el Real Decreto de 27 de julio de 1934, modificado por la Ley de 1 de mayo de 1941.

En materia cinematográfica tienen interés las infracciones relativas a la exhibición obligatoria de filmes de producción nacional o a la asistencia de menores a películas determinadas.

En fin, y para no alargar demasiado esta panorámica, señalaremos qué infracciones contravencionales están previstas en materia de caza y pesca, turismo, elecciones, montes, minas, tráfico rodado, navegación marítima y aérea, vivienda y urbanismo, comercio, finanzas, derecho de autor y prensa e impuestos, etcétera.

Especial interés tienen para el Derecho administrativo las infracciones a los reglamentos de los entes locales, municipios y provincias, cuya regulación básica está contenida en los artículos 106 a 110 y artículo 155 del texto único de la Ley Provincial y Comunal, aprobado por Decreto de 3 de marzo de 1934. El artículo 106 castiga, en efecto, con multa "las contravenciones a las disposiciones de los reglamentos comunales", y el 155 hace extensiva la sanción a las infracciones a los reglamentos provinciales. Con la misma pena, el artículo 106, párrafo 2.º, castiga "las contravenciones a las ordenanzas del alcalde". A estas normas, verdaderas normas en blanco, hay que añadir en el catálogo de los instrumentos de coerción de los entes legales el ya citado artículo 650 del Código penal, que participa de la misma naturaleza.

### C) *El sistema anglosajón*

Ni que decir tiene que este principio del monopolio de los tribunales para la imposición de toda suerte de penas y castigos constituye un axioma incontrovertible del Derecho anglosajón, no sólo, por supuesto, del Derecho inglés, sino también en Estados Unidos y en todo el sistema del *common Law*. Como ha recordado recientemente GARCÍA DE ENTERRÍA (10),

(10) *Consideraciones jurídico-administrativas sobre las jurisdicciones punitivas especiales*. Conferencia pronunciada en el Círculo de Estudios Jurídicos de Madrid, 1970.

el principio se remonta al famoso artículo 2.º de la Carta Magna, donde el tema de las facultades sancionatorias del monarca está explícitamente previsto y regulado. Los barones imponen al rey que ningún hombre libre pueda ser cogido, empuñado, exilado, ni de algún modo arruinado (*nullum libre homo cogiatur vel impresonetur aut exuletur aut alique modo distrustur*), sino *per legale iudicium parium* y según la *lex terrae*. De este precepto —uno de los más prestigiosos del Derecho constitucional— deriva su origen la institución del jurado y la incapacidad represiva del monarca y del ejecutivo.

El artículo 2.º de la Carta Magna ha de tener un importante complemento en la doctrina del *Chief Justice COKE*, quien en el histórico caso de las “Prohibiciones del Rey”, decidido en 1607, ha de hacer frente a la pretensión del rey Jacobo I de avocar para sí la resolución de un pleito, argumentando que si la justicia se administraba en nombre del rey, el rey mismo podía administrar directamente la justicia, según los criterios de la razón natural que en él concurrían como en todos los humanos. Rompiendo una lanza por el arte del Derecho, EDWARD COKE, en este famoso caso, afirmará que “*el rey en su propia persona no puede juzgar ningún caso, ni criminal de traición o felonía, ni entre partes privadas, que conciernen a las herencias, bienes, patrimonios de los súbditos: esto debe ser determinado y juzgado por los tribunales de justicia, según el Derecho y la costumbre de Inglaterra, pues si Dios ha dotado al rey de razón suficiente para decidir los juicios con excelente ciencia y con grandes dones de la naturaleza, su majestad no ha aprendido las leyes del Reino de Inglaterra, y las causas que conciernen la vida, la herencia, los bienes y la fortuna de sus súbditos no deben ser decididos por la razón natural, sino por el juicio y la razón artificial o artificiosa del Derecho, pues el Derecho es un arte que requiere un largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda blasonar de conocerlo, y el Derecho es la vara de oro y la medida para enjuiciar las causas de los súbditos y, a la vez, es el Derecho con lo que el propio rey protege su seguridad y su paz*”. De este capital razonamiento deriva el principio de que aunque la justicia se administra en nombre del rey, éste no puede ejercerla por sí mismo, por haber ejecutado una delegación permanente e irrevocable en favor de los tribunales.

#### IV

##### TÉCNICAS PROCESALES QUE PERMITEN UNA RESPUESTA JUDICIAL A LA INFRACCIÓN DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

Si, como acabamos de ver, a través de esta incursión por el Derecho europeo, son los tribunales penales los que conocen de las infracciones administrativas, ello obedecerá, sin duda, a que el sistema judicial común permite resolver los problemas que el castigo de las infracciones administrativas plantean.

Pero ¿cuáles son estos problemas? A nuestro juicio, son, fundamentalmente, los siguientes: un problema cuantitativo derivado de la masificación, en progresión creciente, de este tipo de infracciones, como ocurre con las infracciones de tráfico; un segundo problema es el de la coordinación: coordinación entre los órganos administrativos y los órganos judiciales, coordinación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial.

Pues bien, la respuesta al problema de la masificación y crecimiento de las infracciones administrativas encuentra solución en las siguientes técnicas: posibilidad de un proceso sin condena, desplazando o centrando la garantía del sancionado en la aceptación de un recurso suspensivo anulatorio, por el solo hecho de la formalización contra dicha condena; en segundo lugar, con la posibilidad de enervar la acción penal misma mediante una solución conciliadora, que se concreta en los institutos de la multa de composición o de la conciliación administrativa.

Al problema de la coordinación se atiende, primordialmente, mediante las técnicas siguientes: con la presencia, en situación privilegiada, de los funcionarios en el proceso penal y, además, con el reconocimiento de un valor probatorio a los documentos en que se incorpora la actividad administrativa de constatación de las infracciones, excepcionando el principio de libertad de valoración de la prueba en el proceso penal.

##### A) *La presencia de la Administración en el proceso penal francés, a través de funcionarios propios*

Un sistema penal que pretenda servir de garantía al ordenamiento jurídico administrativo debe ofrecer camino y cauces para que la Administración esté presente en el proceso y puedan actuar sus pretensiones.

La presencia de la Administración en el proceso penal se consigue a través de una concepción no cerradamente corporativa y judicialista del ministerio fiscal, en el que se integran, con la consideración de miembros del *parquet*, los funcionarios de ciertas Administraciones para la persecución de infracciones que lesionan intereses a su cargo. En este punto, el artículo 1.º del Código de procedimiento penal ha respetado la condición de fiscales que en el antiguo Código de instrucción criminal tenían los administradores de contribuciones indirectas, de Aduanas, de Puentes y Caminos y de Aguas y Montes. En unas ocasiones, el ejercicio de la acción pública se reparte entre los miembros del *parquet* y los funcionarios, según la naturaleza de las penas; en otros casos, pueden intervenir conjuntamente los funcionarios de la Administración interesada y los miembros del ministerio fiscal, o bien, la intervención de éstos está reducida y atribuida exclusivamente a los funcionarios.

La importancia cuantitativa del supuesto que analizamos viene dada en función, más que de los casos citados, del hecho general de que en los tribunales de policía —ante los que se ventila la mayor parte de las infracciones penales de carácter administrativo— las funciones del ministerio público son desempeñadas por comisarios u oficiales de policía y, en casos excepcionales, por el alcalde del lugar de residencia del tribunal o de uno de sus adjuntos (arts. 95 y 96 del CPP).

A la asimilación de los funcionarios de determinadas Administraciones a los miembros del ministerio público hay que añadir, en la cuenta de la coordinación tribunales penales-Administración pública, la atribución del carácter inequívoco de policía judicial —por el número 3.º de los artículos 15 y 28 del CPP— a los funcionarios y agentes a los que la ley encomienda ciertas funciones de policía judicial, y entre los que deben citarse los ingenieros y agentes técnicos de Aguas y Montes, dependientes del Ministerio de Agricultura; los guardas campestres, dependientes de la Administración municipal; los agentes de las Administraciones fiscales de registros, contribuciones directas e indirectas; inspectores de trabajo; los agentes del PTT, de Ferrocarriles, del servicio de fraudes, de verificación de pesas y medidas, de control y de encuestas económicas, etc. En todo caso, son oficiales de la policía judicial los alcaldes y sus adjuntos y los prefectos.

Las funciones de la policía judicial —y, por tanto, de los funcionarios de la Administración que la ejercen en el sector administrativo a su cargo— son importantes. Con carácter general, la policía ejerce las delegaciones que le confía la Jurisdicción de instrucción y cumple sus ór-



denes, o bien, si no está abierta ninguna información, constata las infracciones, reúne las pruebas y busca a los autores. A este efecto, la policía judicial recibe las quejas y denuncias y, fundamentalmente, constata las infracciones a través de los procesos verbales, procedimiento escrito formalizado, al que se asignan importantes efectos probatorios, como luego veremos. En caso de delito flagrante, la policía judicial dispone de poderes coercitivos, similares al juez de instrucción, para realizar la encuesta: comiso de instrumentos, realización de pruebas de pericia en el lugar de autos, interrogatorio de testigo y sospechosos y detenciones (*garde a vue*) por un período de veinticuatro horas, si lo considera necesario para la investigación (art. 63, CPP).

B) *La adaptación del proceso penal francés a la corrección de las infracciones administrativas*

El castigo de las infracciones administrativas, a través de los tribunales, había de suponer las correspondientes previsiones y adaptaciones del proceso penal a esta función. Estos mecanismos procesales al servicio primordial del castigo penal de las infracciones administrativas —por estar previstas en el procedimiento ante los tribunales de policía— son los siguientes:

1. *Facilidades para la constatación y prueba de las infracciones*

Como ya dijimos, la policía judicial dispone de los llamados procesos verbales (*procés verbaux*) —que a pesar de su denominación no son tales, sino informaciones escritas— para constatar las infracciones. Bajo pena de nulidad, los procesos verbales deben acomodarse a determinados requisitos: redacción dentro de cierto plazo, constancia del nombre y cualidad de redactor, a fin de verificar su competencia material y territorial, firma y fecha.

La importancia de las constataciones realizadas en los procesos verbales por los funcionarios deriva de su virtualidad para derogar una de las reglas más firmemente asentadas en los procesos penales de tipo continental sobre la carga de la prueba. En principio, el proceso verbal o acta que constata la existencia de un hecho presuntamente delictivo no tiene más valor que el de una simple reseña (art. 430 del CPP); sin embargo, los procesos verbales que constatan infracciones de simple policía hacen fe, salvo prueba en contrario, *parfois même jusqu'à inscrip-*

*tion de faux*. Esta regla, contenida en el artículo 537 del CPP, se reitera en el artículo 336 del Código de Aduanas; en el artículo 7 de la Ordenanza de 30 de junio de 1945, relativa a las infracciones económicas, y en el artículo 469 del Código rural, relativo a las infracciones de pesca. Por esta regla, las infracciones a la legislación administrativa tienen un trato de favor dentro del proceso penal común, aunque, por supuesto, ello beneficie también a otro tipo de infracciones.

2. *La citación o comparecencia directa del inculpado ante el juez, sin instrucción de sumario o procedimiento*

Constatada la existencia de un hecho infraccional, no es necesaria la instrucción de un sumario (*Information*), ni de un procedimiento o expediente administrativo antes de la celebración del juicio por una contravención de policía y ni siquiera por delitos en materia correccional. La competencia del tribunal queda establecida por la simple comparecencia voluntaria del presunto infractor, llamado por un *avertissement*, o simple notificación, en la que se precisan los hechos que constituyen la infracción, su calificación y el texto que se considera infringido. Esta notificación puede ser hecha por el ministerio público o por la *Administration interesada* (art. 389 del CPP). En todo caso, la competencia del tribunal se produce, comparezca o no el infractor, a través de la citación directa realizada por aquéllos o, incluso, por la parte civil. La citación directa es un documento formal, cuyo original se remite al tribunal para su unión al *dossier* del asunto y una copia al interesado, exponiéndole con detalle los hechos incriminados sobre los que únicamente se extenderá la competencia del tribunal, que si no se considera suficientemente aclarada la cuestión puede ordenar unas medidas de información suplementaria, pero sin recurrir al juez de instrucción.

La actividad del ministerio fiscal o de los funcionarios a él asimilados y la de los miembros de la policía judicial no puede entenderse asimilada al concepto de sumario ni al de procedimiento administrativo en sentido de Derecho español, por cuanto para éste es esencial el trámite de audiencia y defensa del interesado, que se manifiesta en los trámites de notificación del pliego de cargos y propuesta de resolución. Toda la garantía la centra el sistema procesal francés, con cierto desdén para el procedimiento, en el acto del juicio y en la intervención del juez, garantía, a nuestro entender, superior a la de una mecánica procedimental compleja ante simples funcionarios.

### 3. *La eliminación del proceso penal, a través de la multa de composición y la multa de "forfait"*

La ausencia del proceso —pero no la de la intervención del juez— es lo que diferencia la multa de composición de la multa *a forfait*.

La multa de composición actúa en el campo de las contravenciones de policía, con excepción de las más graves, las llamadas de quinta clase, así como en aquellos hechos infraccionales de los que se derivan responsabilidades civiles para terceros, y las incluidas en el Código forestal, en el de trabajo y en todos los casos en que se excluya por ley especial. Fuera de estos casos, se impone al órgano judicial la obligación de zanjar la cuestión con el uso de este arbitrio; nadie por ello puede ser llevado ante un tribunal de policía sin haber sido previamente invitado a través de la correspondiente notificación —en la que se precisará su importe— a pagar la multa sustitutoria del proceso y de la condena que a través de él pudiera corresponderle.

La multa de composición es sustitutoria de un proceso y de la sanción que a través de él pudiera corresponder, pero esa sustitución no lleva a convertir la multa de sustitución en una sanción administrativa. Por el contrario, no supone una extinción de la acción pública, y conlleva el reconocimiento del interesado de haber cometido la infracción de que se le imputa. Si paga la multa, ningún recurso es ya posible; si no la paga, rechazando la proposición del juez, tiene lugar la celebración del juicio en la forma apuntada (arts. 524 a 530 del Código de procedimiento penal).

Sustancialmente, diversa de la multa de composición es la multa *a forfait*, que se aplica en determinadas infracciones de circulación automóvil, concretamente en las más livianas, siempre que no se hayan producido daños a terceros (arts. 529 y 530 del CPP y Ley de 6 de julio de 1966). Esta multa extingue la acción pública, y su pago se efectúa sin intervención del juez, ante el agente de la circulación, en el propio momento de la constatación del hecho infraccional o ante el organismo de Tráfico en los ocho días siguientes a la de aquella constatación. Este mecanismo sólo opera cuando el presunto infractor voluntariamente lo acepta, pues en caso contrario, para imponer la sanción, se ha de seguir el sistema judicial ordinario antes descrito.

### C) *El proceso contravencional en Italia*

Partiendo, como parte el Derecho italiano, del principio básico de la competencia de la Jurisdicción penal para la corrección de las infracciones administrativas, y salvada, por consiguiente, la exigencia primaria de la garantía que es la intervención del juez —el pretor—, los demás mecanismos procesales están al servicio de la rapidez y eficacia del proceso penal.

En forma similar a la descrita, para el Derecho francés funcionan aquí la técnica del proceso verbal para la constatación de las infracciones, misión propia de los órganos comunes de la policía judicial, a los que se asimilan en numerosas leyes los funcionarios de la Administración para la constatación de los hechos infraccionales cometidos en el ámbito de la materia de su competencia.

La simplificación máxima del proceso contravencional puede darse o ser consecuencia del empleo de la técnica del *decreto di condanna*, hipótesis frecuente en las infracciones al ordenamiento administrativo, por cuanto se aplica, según establecen los artículos 506 y 507 del Código de procedimiento penal, a las contravenciones, a las que correspondería una multa no superior a 5.000 liras. Es el pretor a quien corresponde dictar el decreto de condena cuando del examen de los actos y de las investigaciones practicadas estima que la sanción no debe pasar de esa cifra, fijando, conjuntamente con la sanción, las responsabilidades civiles, la confiscación o restitución de las cosas secuestradas y las costas del procedimiento. El procedimiento queda zanjado de esta forma, sin previo juicio, por medio de una sentencia de condena *inaudita parte*, que, como tal, ha de conformarse a los requisitos formales de las demás sentencias (arts. 470 a 507).

La marginación de un principio tan esencial al proceso penal como es el del contradictorio está compensada con la posibilidad de formular oposición al decreto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, exponiendo, conjuntamente con la petición de celebración del juicio, los motivos en que aquélla se funda. Propuesta en forma la oposición, el *pretor* cita formalmente para el contradictorio (*dibattimento*) y revoca, por el solo hecho de la comparecencia del inculpado, el *decreto di condanna*, pronunciando, después del juicio, la sentencia absoluta o de condena que proceda, si bien en este último caso puede darse la *reformatio in peius*, imponiendo una sanción superior a la inicialmente acordada.

D) La "oblazione" y la conciliación administrativa

La razón de ser de estos institutos sustancialmente idénticos radica también en la conveniencia de no recargar la actividad de la Administración de Justicia y reducir al mínimo las molestias procesales o procedimentales de los infractores en aquellos casos en que la infracción no es grave y está sancionada únicamente con penas pecuniarias.

La regulación básica en el Derecho italiano está contenida en el artículo 162 del Código penal, a cuyo tenor, "en las contravenciones para las cuales la ley establece la pena de multa no superior a 10.000 liras, el contraventor puede pagar antes de la apertura del juicio o antes del Decreto de condena una suma equivalente a la tercera parte de la pena establecida para la contravención cometida, además de las costas del procedimiento". La suma a pagar se fija en la actualidad en la quinta parte del máximo de la multa, sin que en ningún caso pueda ser inferior al mínimo.

Con la *oblazione* se extingue la infracción, renunciando el Estado a hacer valer la pretensión penal, y el presunto infractor, el uso de las garantías jurisdiccionales establecidas en su defensa por el ordenamiento jurídico.

Tanto la *oblazione* como la conciliación participan de la misma naturaleza, por cuanto producen los mismo efectos sustanciales, pero el primer término se reserva a la regulada con carácter general en el Código penal y el segundo para la que es objeto de regulación en leyes especiales, y cuyo montante viene determinado en cada caso por la Administración. Mientras la oblación, además, se ejercita con el acto único del pago, la conciliación se cumple a través de diversos y sucesivos actos: demanda del infractor, decisión de la autoridad administrativa y pago.

Esta técnica, nacida en el Derecho italiano, ha demostrado poseer una gran fuerza expansiva, y ha sido acogida en otros países, como es el caso ya expuesto de Francia.

V

LA RECIENTE LEGISLACIÓN DESPENALIZADORA

A) Sentido y alcance

El principio comúnmente aceptado en el Derecho europeo de la impotencia de la Administración para el ejercicio de cualquier tipo de

competencias represivas está sufriendo algunas correcciones por razones de orden práctico.

La práctica, en efecto, viene mostrando que el sistema judicial penal está sufriendo una sobrecarga de actividad con motivo de la multiplicación en progresivo aumento de las infracciones a la legislación administrativa. ¿Cómo liberar a los jueces de su excesiva polarización en castigar las infracciones a la legislación administrativa sin que el sistema judicial pierda el control de la función represiva? La respuesta parece encontrarse en un sistema de asociación más estrecha de la Administración al ejercicio de esas funciones represivas, sin que ello comporte un traslado puro y simple de esas competencias a la Administración ni una marginación del juez ordinario. En esto consiste justamente la despenalización, que viene a ser un sistema de equilibrio en el que la Administración ejerce la función represiva en un régimen diverso del común a la restante actividad administrativa y caracterizado fundamentalmente por la privación a los actos sancionadores de carácter penal y del privilegio de decisión ejecutoria, y además porque la fiscalización de esa actividad no ha de llevarse por los estrechos caminos del recurso contencioso-administrativo, sino por las anchas avenidas de un recurso suspensivo ante el juez ordinario. Esas características se aprecian en la reciente legislación italiana y alemana, que a continuación analizamos con algún detalle.

#### B) *La despenalización en la Ley italiana de 3 de mayo de 1967*

Según vimos, el ámbito propio de la potestad sancionadora de la Administración italiana es el muy limitado que incide en las relaciones especiales de supremacía, y sólo, en cierto aspecto, las infracciones a los deberes generales entran en el ámbito de la competencia administrativa a través de una vía de sumisión voluntaria que es a lo que se reconduce la técnica de la conciliación (a diferencia de la oblación), que la actúa el pretor.

Este clásico esquema ha sido, sin embargo, alterado, por razones prácticas, con la aprobación de la Ley de 3 de mayo de 1967, que ha establecido un nuevo régimen para determinadas infracciones.

Según su artículo 1.º, "*no constituyen delito* —término empleado en sentido amplio, comprensivo de los delitos *strictu sensu* y las faltas o contravenciones penales—, y *quedan sujetas a la sanción administrativa*

*del pago de una suma de dinero, las infracciones a las normas siguientes cuando en ellas esté prevista únicamente la pena de multa”.*

Las normas cuyas infracciones son sometidas a esta despenalización o conversión administrativa son los reglamentos provinciales y comunales y las que regulan la circulación en carretera en sus diversos aspectos: las del Código de la circulación (texto único de 15 de junio de 1959), las que regulan la protección de las carreteras y áreas públicas (obras sobre carreteras sujetas a licencia o concesión, modalidades de éstas, obligaciones del concesionario), normas contenidas en el *Codice de la Strada* de 1933, en cuanto no han sido derogadas por el Código de 1959 y, por último, las normas que disciplinan los servicios de transporte por carretera mediante vehículos automóviles (Ley de 20 de junio de 1933).

La suma que debe pagarse a título de sanción administrativa es igual a la prevista en las normas despenalizadas (art. 2.º). Lógicamente, la autoridad administrativa dispone del poder discrecional que al juez atribuye el artículo 132 del Código penal para graduar el importe de la obligación pecuniaria, si bien ateniéndose a los criterios del artículo 132 del Código penal (gravedad del hecho y del daño producido, peligrosidad, intensidad del dolo o la culpa, etc.). Según el artículo 4.º, la obligación del pago no se transmite a los herederos.

La admisión de la oblación o conciliación administrativa la acepta el artículo 5.º, con efecto liberatorio para todos los obligados, mediante el pago de una suma reducida en los casos en que esté admitida en los textos despenalizados. Las previsiones en relación con la constatación de las infracciones, la imputación de la misma por el agente de policía o funcionario en el momento de la comisión y la notificación de los procesos verbales siguen en vigor (art. 6.º).

La comunicación de la infracción debe ser realizada, cuando sea posible, de forma inmediata a su comisión por el agente, concretándose el hecho, la norma violada, la posibilidad de oblación y la forma de efectuarla. Si la comunicación personal e inmediata a alguna de las personas obligadas no es posible, los extremos de la infracción deben ser notificados dentro de los treinta días siguientes a su constatación, extinguiéndose la obligación de pago si transcurre este término sin efectuarse la notificación (art. 7.º).

En los casos en que no fuera procedente la oblación, o bien cuando no haya sido consentido el pago, deberá enviarse al prefecto, alcalde o presidente de la Junta Provincial, según los casos, una relación cir-

cuustanciada de los hechos con las pruebas de las correspondientes comunicaciones o notificaciones; al juez debe remitirse, en todo caso, si de la constatación de los hechos se dedujese la posible existencia de delito. Las autoridades indicadas, si estiman *fundato l'accertamento*, oídos los interesados, o bien si éstos no formulan reclamación dentro de los quince días siguientes a la terminación del término útil para la oblación, determinarán, con ordenanza motivada, la suma debida por la usurpación dentro de los límites máximo y mínimo establecidos por la ley y decretarán el pago juntamente con las costas de la notificación al autor y a las personas que resulte solidariamente obligadas. La orden de pago —que constituye título ejecutivo— señala un término para su cumplimiento que no puede ser inferior a treinta días desde la notificación.

La garantía frente a esta nueva actividad administrativa se articula, según la tradición del Derecho italiano, mediante un recurso ante el pretor competente en el territorio en que se ha cometido la infracción. Además, la despenalización se ha llevado al límite de fijar para la impugnación el camino del proceso civil, el de cognición, en el que la Administración estará representada por la *Avvocatura dello Stato* o por los propios funcionarios del organismo interesado (art. 3.º del Real Decreto de 30 de octubre de 1933). El proceso, tras las fases de exposición (*Tratazzione*), prueba y conclusiones, ha de determinar con una sentencia inapelable en la que el juez ha de limitarse a rechazar la oposición o a anular la sanción por ilegitimidad intrínseca o extrínseca, pero sin facultad de sustituir la sanción por otra diversa. En manos del juez se deja, por último, la posibilidad, sin limitación por causas o motivos concretos, de suspender la ejecución de la orden de pago.

El artículo 10 de la ley que comentamos atiende a los supuestos de conexión objetiva, declarando que, cuando la existencia de un delito dependa de la constatación de una infracción despenalizada y el infractor no haya ejercitado la oblación, el juez penal competente, para conocer del delito, lo será también para decidir sobre la existencia de la infracción y para aplicar en la sentencia de condena la sanción establecida en la ley por la infracción misma, cesando la competencia del juez penal si el proceso se cierra por extinción del delito o por falta de una condición de procedibilidad.

La *ratio legis* de este nuevo tratamiento para determinadas infracciones penales se encuentra en motivos ciento por ciento pragmáticos, entre los que sobresalió la urgente necesidad de liberar a los jueces de una



sobrecarga de trabajo, derivada de la multiplicación de las infracciones, que conlleva el uso cada vez más generalizado de los medios de transporte autónomos. No aparece, ni por asomo, en esta ley la intención de reconocer a la Administración un poder jurídico sancionador propio y de naturaleza penal, de lo que se huye con exquisito cuidado terminológico, soslayando el empleo de expresiones, tales como multa o *an-menda*, para designar la consecuencia de la infracción, que se configura como delito civil derivado de un hecho ilícito, a modo de responsabilidad extraconceptual, y que, justamente por ello, ante un juez civil, y a través de un proceso de esta índole, encontrará el juicio definitivo sobre su pertinencia.

### C) *La nueva legislación alemana sobre infracciones administrativas*

El 1 de octubre de 1968 ha entrado en vigor en Alemania la nueva Ley de Infracciones Administrativas (*ordnungswidrig Reiten*), a cuya regulación se han sometido muchos delitos e infracciones penales con previsión de despenalización para el futuro de otros más. La ley se refiere sólo a la parte general de estas nuevas infracciones administrativas, pues cada infracción en particular sigue estando individualmente regulada en su ley correspondiente (montes, circulación, comercio, etc.).

Por infracción administrativa se entiende la acción que realiza el tipo de una ley en la que está sancionada con una multa (art. 1.º), exigiéndose los elementos de la tipicidad y la punibilidad propios de los delitos y también los correspondientes a la imputabilidad y a la culpabilidad, aceptándose sólo excepcionalmente la modalidad culposa.

A la Administración, con la colaboración de la policía, se atribuye, en principio, la competencia para sancionar, decidiendo de forma discrecional si ha de iniciar o no el procedimiento con sujeción a un principio de oportunidad. El procedimiento a seguir es el regulado en la ley, aplicándose subsidiariamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuando la infracción es leve (hasta 20 marcos de multa) y el interesado está de acuerdo con ello, puede imponerse la multa sin procedimiento alguno, pagándose aquélla en el acto.

Toda la garantía la centra la ley en la más completa subordinación de la actividad sancionadora de la Administración al juez penal, lo que justamente tiene lugar a través de un recurso de potencialidad superior incluso al efecto suspensivo. La interposición del recurso ante el juez penal priva, en efecto, de toda eficacia —no ya solamente de la ejecu-

tiva— al acto sancionador, que queda sin validez alguna, provocando un traslado competencial *ad nutum* ante el juez penal, que revisa el caso entero previa la oportuna instrucción a cargo del fiscal. La Administración no es parte recurrida en este proceso, reduciéndose su papel al de informante del juez, que puede también llamar a los funcionarios a testificar.

## VI

### POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA.

#### ORIGEN Y DESARROLLO

##### A) *Consideraciones generales*

Como ya hemos anticipado, el rasgo sobresaliente de la organización jurídica de la actividad represiva del Estado consiste en la desmesurada extensión de materias sobre las que incide la potestad sancionadora de la Administración, y correlativamente, la reducida, casi nula, competencia de los tribunales penales para conocer de las infracciones a la legislación administrativa, competencia prácticamente congelada en la descripción de las conductas tipificadas en el Código penal.

Por de pronto, la potestad sancionadora de la Administración cubre en el ordenamiento español el ámbito admitido en el Derecho comparado, con una justificación muy diversa, relativo a la potestad disciplinaria sobre sus propios funcionarios y el que detentan las corporaciones profesionales sobre sus miembros.

Fuera ya de los límites del Derecho administrativo europeo, nuestro ordenamiento atribuye a las autoridades gubernativas generales (Consejo de Ministros, ministro de la Gobernación, director general de Seguridad, gobernadores y alcaldes) una importante potestad sancionadora cuya regulación está alojada tradicionalmente en las leyes de régimen local y en la Ley de Orden Público. Las conductas contrarias a las ordenanzas o reglamentos municipales o las atentatorias al orden público, descrito genéricamente como “el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las leyes”. Atentado al orden público es, en último término, “la alteración de la paz pública o la convivencia social” (art. 2.º; art. 1.º de la Ley de 30 de julio de 1959).

Fuera también del límite del Derecho europeo, nuestro ordenamiento ha investido a la Administración pública, en todos los sectores especializados de su intervención, de una potestad sancionadora cuya importancia, por la gravedad de las sanciones que puede imponer, va en aumento. Así ocurre en la legislación tributaria, de comercio interior, de comercio exterior, publicidad, de montes, caza, pesca, navegación aérea, prensa, turismo, trabajo, aguas, tráfico, agricultura, vivienda, urbanismo, etc.

El punto más grave de distorsión lo constituye aquel en que la atribución del poder sancionatorio a la Administración comporta la posibilidad de imponer penas de privación de libertad, directa o indirectamente, por impago de las pecuniarias, lo que ha llevado en ocasiones a la creación de tribunales administrativos o jurisdicciones especiales, a los que se atribuye esa competencia represiva, como ocurre con los tribunales de contrabando y defraudación y el Juzgado de Delitos Monetarios.

Toda esta potestad sancionadora de la Administración, la normal y la que podríamos llamar patológica, en contraste con el ámbito de desarrollo del Derecho europeo, está sujeta a un régimen jurídico-administrativo cuyos rasgos generales son los siguientes: las sanciones las imponen las autoridades o tribunales administrativos directamente, "de plano" o a través de la instrucción de un expediente administrativo; las reglas de fondo aplicables coinciden o no con las reglas y principios del Derecho penal, cuya aplicación subsidiaria en unos casos ha sido admitida y en otros rechazada por la jurisprudencia; los tribunales penales son ajenos a la fiscalización de los actos administrativos sancionatorios, únicamente impugnables ante los tribunales contencioso-administrativos a través de recursos no suspensivos y en ocasiones condicionados a la regla *solve et repete*; por último, esta potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal común, en el sentido de que una y otra pueden actuar sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de una sobre la otra.

Una situación como la descrita no es el fruto únicamente de la legislación—frente a lo que a primera vista pudiera pensarse—peculiar de una determinada etapa política, aunque en algunas épocas la potenciación de la potestad sancionadora de la Administración está vinculada al autoritarismo del sistema político. Lo que parece más cierto es que autoritarismo administrativo que esta potestad comporta en manos de la Administración española es una constante para todos los sistemas políticos

que desde el comienzo del constitucionalismo se han sucedido. Todos, incluso los más confesadamente liberales, han colaborado a introducir en la legislación administrativa esta potestad punitiva, saltando por encima de sus propias normas constitucionales; normas constitucionales, a este respecto, siempre las mismas, siempre igualmente contrarias a que la represión estatal pudiera ejercitarse fuera del cauce del proceso penal y por órganos distintos de los tribunales penales.

En pocas materias resultará, como en ésta, tan significativa la contradicción entre la norma constitucional y la ley ordinaria, e incluso el simple reglamento, y más clara la prueba del nominalismo de nuestras constituciones, de su inoperancia para ser guía y criterio de la redacción de las normas realmente operantes en el comportamiento político y social.

Criterios cuantitativos y cualitativos permiten, sin embargo, distinguir en la evolución del Derecho español tres periodos.

Un primer periodo cubre desde la Constitución de Cádiz hasta la Dictadura del General PRIMO DE RIVERA (1923), periodo caracterizado por la aparición y afirmación de un poder sancionador moderado y limitado a las autoridades gubernativas de índole provincial o local (alcaldes y gobernadores).

El segundo periodo, de 1923 a 1939, comprende la legislación de la Dictadura y de la II República, caracterizado a su vez por la politización del poder sancionador y la apertura de su ejercicio a las autoridades gubernamentales, ministro de la Gobernación y Consejo de Ministros.

Un tercer periodo se iniciará en 1939, con la expansión del poder sancionador al ámbito de todos los sectores de intervención administrativa especial, sin la pérdida de sus anteriores caracteres.

## B) *De la Constitución de Cádiz a la Dictadura*

### 1. *Régimen constitucional y potestad sancionadora de la Administración.*

La historia de la contradicción entre unas leyes ordinarias que atribuyen una potestad sancionadora a la Administración y las normas constitucionales que prohíben esta atribución, comienza ya, aunque tímidamente, en Cádiz.

La Constitución de 1812 fue categórica en el punto de separación de las funciones judiciales, entre las que incluye todas las represivas, y las funciones administrativas. Por de pronto, el artículo 172 impide al mismísimo rey privar a "ningún individuo de su libertad, ni imponerle

por sí pena alguna”. Este precepto, dirigido a la cabeza del Estado y del poder ejecutivo, desautorizaba toda posibilidad sancionatoria de las autoridades inferiores, y es que la Constitución de Cádiz, en la protección de las libertades personales, huyendo de las declaraciones dogmáticas de los derechos, usó de una técnica mucho más eficaz y práctica de declarar la incompetencia del ejecutivo, dando al poder judicial toda la función contenciosa y toda la función represiva a través de una minuciosa reglamentación, cuyos preceptos, fundamentalmente relativos a la atribución monopolística de juzgar y ejecutar lo juzgado en los juicios civiles y criminales (arts. 242 a 248), siguen vigentes.

La minuciosa ordenación del poder judicial —tan descuidada en todas las constituciones posteriores— se complementa con una regulación de los principios fundamentales del proceso penal, orientados a la salvaguardia de la libertad personal e influenciados por el sistema inglés —invocado en la Exposición de Motivos—, algunos de cuyos rasgos, como la inexistencia del ministerio fiscal y la falta de consagración del principio inquisitivo orientando el proceso penal al modelo del proceso civil, son perfectibles.

Merece la pena señalar, respecto al Constitucionalismo de 1812, que los alcaldes, a la par que rectores de la Administración municipal, son el “último escalón del orden judicial” (art. 275 de la Constitución), a los que encomendó el juicio de conciliación, la decisión de juicios civiles de ínfima cuantía, y en lo penal, el conocimiento de los negocios criminales sobre injurias y *faltas livianas* y la instrucción de sumarios en el territorio de la demarcación municipal y detención de delincuentes con inmediata remisión al juez del partido.

Respecto a los jefes políticos (los gobernadores), representantes en la provincial del rey y por ello del ejecutivo, la Constitución nada prevé sobre sus facultades sancionatorias.

Pero tanto alcaldes como gobernadores van a ser investidos por leyes ordinarias de una levisima potestad sancionadora de índole no judicial.

Esta atribución tiene lugar, primeramente en favor de los jefes políticos, por el Decreto constitucional de 23 de junio de 1813, aprobatorio de la Instrucción para el Gobierno Económico-Político de las Provincias, cuyo artículo 1.º del capítulo III les permitía “no sólo ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía y buen gobierno”, sino también “*imponer y exigir multas a los que le desobedezcan o faltén al respeto, y a los que turben el orden o el sosiego público*”.

En términos similares se pronuncia el artículo 239 de la siguiente Instrucción, contenida en la Ley de 3 de junio de 1823, con la salvedad de establecer un límite —que se fija en 1.000 reales— a la cuantía de las multas. El artículo 207 de esta Instrucción facultaba, por su parte, a los alcaldes en los mismos términos que a los gobernadores, si bien con la limitación de que las multas no pasarían de 500 reales.

Por lo demás, en el Código penal de 1822 no hay previsión alguna de potestades sancionadoras administrativas, a pesar de que el artículo 185 alude a la cuestión en los siguientes términos: “*Las culpas y los delitos no comprendidos en este Código que se cometan contra los reglamentos u ordenanzas particulares que rigen en algunos ramos de la Administración pública serán juzgados y castigados respectivamente con arreglo a las mismas ordenanzas y reglamentos.*” No hay aquí atribución de potestad punitiva por dos órdenes de razones. Por una parte, este precepto parece copiado del artículo 486 del Código penal francés, en el que la invocación de las sanciones previstas en los reglamentos de Administración pública se hace en conexión con la competencia de los tribunales para imponerlas (“*Dans toutes les matières qui n’ont pas été réglées par le present Code et qui sont regies par des lois et reglements particulieres, les Courts et les Tribunaux continueront de les observer*”).

Por otra parte, y quizá sea ésta la explicación más completa, el precepto de nuestro Código, situado antes de otros que aluden a la jurisdicción militar y eclesiástica, parece orientado a salvar las competencias privativas de ambos órdenes judiciales, cuya especialidad respetaba la propia Constitución.

## 2. *Los equívocos constitucionales y la afirmación del poder sancionatorio administrativo en la legislación de 1845.*

Las constituciones posteriores a la de Cádiz no son tan categóricas como aquélla en la defensa de la libertad personal, ni tan minuciosas en la ordenación de los poderes públicos. La nueva preocupación por la brevedad y la remisión de materias hasta entonces constitucionales a leyes ordinarias, que se hace implícita en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1837, había de suponer un notorio confusionismo en la delimitación de las competencias entre el ejecutivo y el poder judicial.

En concreto, la libertad personal no queda ya garantizada constitucionalmente frente al poder ejecutivo, por cuanto el artículo 7.º de la Constitución de 1837 y el mismo precepto de la Constitución de 1845

remiten a leyes ordinarias la determinación de los supuestos en que los españoles podrán ser detenidos y presos, y confinados, o allanada su morada. Bien es verdad que el artículo 9.º exigía la intervención del juez o tribunal competente para los procesamientos y sentencias y que en la ordenación del poder judicial se sigue declarando la exclusiva competencia de éste para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero la regulación constitucional de la libertad no es tan clara, precisa y categórica como en la Constitución de 1812, lo que facilitará la aparición del arresto sustitutorio en el haz de poderes sancionadores de la Administración.

Nada tiene de particular, pues, que, ante esta tibieza constitucional, el artículo 4.º de la Ley de 2 de abril de 1845 atribuyese competencia al gobernador civil para *“reprimir y castigar todo desacato a la religión, a la moral, a la decencia pública y a cualquier falta de respeto a su autoridad, imponiendo las penas correccionales y sometiendo a los Tribunales de Justicia los sucesos merecedores de mayor castigo”*. Las penas correccionales, según el artículo 5.º, consisten ahora en *“multas hasta un máximo de mil reales, permitiendo al Gobernador imponer en caso de insolvencia la detención, sin que el término de ésta pueda pasar de un mes”*.

3. *El doble poder sancionador del alcalde y el fracaso del Código penal como límite a las sanciones administrativas.*

La legislación de 1845 mantiene la tradición del carácter mixto del alcalde, que era a la vez el último peldaño de la jerarquía administrativa y el último escalón del orden judicial, invistiéndosele por ello de una doble facultad sancionadora.

Como juez, el alcalde instruye las primeras diligencias en los asuntos criminales y celebra los juicios de faltas con arreglo al libro tercero del Código penal, y como autoridad administrativa, *“aplica las penas señaladas en las leyes y reglamentos de policía y en las ordenanzas municipales e impone y exige las multas con las limitaciones siguientes: hasta quinientos reales de vellón, en los pueblos que no lleguen a quinientos vecinos; hasta trescientos, en los que no lleguen a cinco mil, y hasta quinientos, en los restantes”* (art. 75 de la Ley de 8 de enero de 1845).

El poder sancionatorio, tan paladinamente reconocido en la legislación del régimen local, se pretendió inequívocamente limitar por el Código penal de 1848, cuyo artículo 493 estableció el principio de que *“en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o par-*

*ticulares de la Administración pública, que se publicaren en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro (el III de las faltas) aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales”.*

Pero más que una limitación, este artículo supone un reconocimiento en favor de la potestad sancionadora de la Administración en un doble sentido: reconocimiento, en primer lugar, de que la materia penal —si bien limitada a las penas previstas para las faltas— no constituía reserva legal y que, por consiguiente, suponía una habilitación positiva para su regulación por la potestad reglamentaria a todos los niveles; en segundo lugar, un reconocimiento de la inexistencia de un límite constitucional que impidiera al legislador ordinario la posibilidad de atribuir a la administración competencias penales de cualquier grado por leyes especiales. En resumen, ni reserva legal ni límite constitucional.

La razonable resistencia a aceptar el principio, ciertamente anómalo, de que la materia penal no era monopolio exclusivo del poder judicial fue vencida en el Consejo Real, al resolver una cuestión de competencia entre un gobernador civil y un juez de primera instancia, en el que se discutía si los alcaldes podían imponer sanciones con independencia y al margen de sus poderes judiciales para el enjuiciamiento de las faltas. Por Real Decreto-sentencia de 31 de octubre de 1849 se resuelve esta cuestión en términos generales e inequívocamente justificadores de la autonomía del poder penal de la Administración:

*“Considerando que al conferir el Código penal a los alcaldes la atribución de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que en él se mencionan, ha estado lejos de privarles de los demás caracteres, facultades y atribuciones que a dichos funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos.*

*Que correspondiendo por las leyes a los alcaldes y otras autoridades administrativas superiores e inferiores la facultad de imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la Administración por Leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se entendiese en el sentido de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas y todas las faltas juzgadas por los alcaldes*



*con la dependencia y bajo la subordinación de los jueces de primera instancia.*

*Que esta interpretación acarrearía los graves inconvenientes: 1.º De que se entendiese variada la forma actual de la Administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes. 2.º De que esto sucediese con motivo de una ley provisional, en la cual ni en el Código para cuya observancia fue dictada no se trató ni discutió de propósito un punto de tanta trascendencia, a fin de evitar conflictos entre la Administración y el poder judicial. 3.º De que, con esta doctrina, ceñirse deberían y concentrarse en el juicio de los alcaldes y tenientes la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los actos todos de autoridad que requiriesen la imposición de multas u otras reprensiones semejantes señaladas en las leyes. 4.º De que, según esto, estarían los agentes y empleados de la Administración, como tales, sometidos a los funcionarios del orden judicial y además sujetos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia e irresponsabilidad de la Administración consignadas en la Constitución y en las leyes.”*

Como esta larga cita pone de manifiesto el poder sancionador de la Administración, el Consejo de Estado lo justifica, más allá del amparo formal que suministran las leyes ordinarias y la propia Constitución, en la esencia misma de la Administración, concebida como un poder cuya autoridad parece inimaginable sin la facultad de castigar a los súbditos, haciendo tabla rasa de uno de los principios capitales del Estado liberal.

La doctrina sentada por Real Decreto-sentencia puede explicar la adición de un segundo párrafo —reiterativo y contundente— del principio establecido en el artículo 493 del Código penal de 1848 y que justamente aparece en el artículo 505 del Código penal de 1850:

*“Conforme a este principio —el de que por vía reglamentaria no podían imponerse sanciones superiores a las previstas para las faltas—, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las Leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1845 y cualesquiera otras especiales competan a los agentes de la Admi-*

*nistración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendadas por las mismas leyes."*

Cuando la doctrina administrativa se enfrenta con esta cuestión, parte ya de este hecho consumado y verá el poder penal de la Administración pública como una facultad natural, constitucionalmente válida y legislativa y jurisdiccionalmente aceptada. Así, COLMEIRO, además de invocar la citada doctrina del Consejo de Estado que hace suya (*Derecho administrativo español*, 1850, tomo II, p. 303), afirma por su cuenta y riesgo que la "*independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniarias o corporales dentro de los límites de una simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega en la Administración esta parte de funciones propias del poder judicial*" (tomo I, p. 26).

La falta de lógica y la incongruencia del pensamiento de COLMEIRO —en cuanto no puede menos de reconocer el carácter judicial del poder sancionador— se ponen también de manifiesto a propósito de sus consideraciones sobre el ámbito de la potestad reglamentaria, en la que incluye la posibilidad de establecer penas, pues —afirma— "*aunque la posibilidad de establecerlas corresponde al poder legislativo y al judicial el aplicarlas, alguna vez sucede que los reglamentos contengan cláusula penal, y acaso también la autoridad Administrativa se atribuye el derecho de castigar sus infracciones. Estas excepciones se fundan, o en una delegación expresa de la Ley, o en la necesidad de armar el poder ejecutivo con facultades coercitivas dentro de los límites de la policía correccional*".

#### 4. *Los intentos de supresión y contención de la potestad sancionadora de la Administración.*

Reconocido por la legislación, y santificado por la Jurisprudencia y la doctrina, el poder penal de la Administración va a conocer un espléndido, aunque lamentable, desarrollo en la legislación posterior, tanto en lo que afecta a la competencia de las autoridades gubernativas cuanto a las causas específicas legitimadoras de su ejercicio, legislación elaborada por regímenes políticos de significación muy diversa e incluso antitética.

Se salva, ciertamente, de este juicio la legislación que se inicia con la Constitución de 1868, etapa de radicalismo democrático que conlleva

la potenciación máxima del poder judicial de que son exponentes el Decreto de Unificación de Fueros, la supresión de la jurisdicción contenciosa en el Consejo de Estado, la propia Constitución de 1869 y la Ley de Orden Público de 1870.

Por de pronto, el preámbulo de la Constitución de 1869, tras mostrar la desconfianza sobre las Cortes y la Prensa como garantizadoras del Derecho y del mantenimiento de la libertad individual, afirma la necesidad de que *la seguridad, la propiedad, la libertad, queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia. La importancia y la elevación de la magistratura será otro rango característico de nuestra obra constitucional.*

La preocupación por la libertad se plasma con la regulación minuciosa en el título primero de la Constitución, artículos 1.º al 31, de los Derechos fundamentales, destacando, a nuestros efectos, los artículos 2.º y 11, prohibiendo toda detención o prisión que no fuera por causa de delito, y la creación de comisiones especiales o tribunales extraordinarios para conocer en materia penal. Estas limitaciones de rango constitucional, unidas a la regulación del poder judicial, proclamando el principio de unidad de fuero y el monopolio jurisdiccional de los jueces (arts. 91 y 98), *desautorizaban a radice* toda posibilidad de potestades sancionadoras en las autoridades administrativas. A esta conclusión nos lleva también el análisis de la Ley de Orden Público de 1870 (23 de abril), que condiciona a una ley votada en Cortes —llamada precisamente Ley de Suspensión de Garantías— la congelación provisional de las libertades fundamentales y la declaración de los estados de prevención y guerra, pero que en ningún caso faculta o atribuye potestades sancionadoras ordinarias fuera de la declaración formal de aquéllas.

Sin embargo, “una cosa es predicar y otra dar trigo”, y en este período la legislación ordinaria, saltando por encima de tan excelsos principios, sigue los cauces de las precedentes, como se desprende del artículo 625 del Código penal de 1870, de la Ley Municipal del mismo año, que mantiene las facultades gubernativas de los alcaldes —que dejarán de ser jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870— con posibilidades de imponer el arresto sustitutorio en caso de impago de multas.

Como reacción drástica contra toda facultad sancionatoria de la Administración, la constituye el artículo 72 del Proyecto de Constitución Federal de la República Española, que terminantemente *“prohíbe al poder ejecutivo en todos sus grados imponer penas, ni personales ni*

*pecuniarias, por mínimas que sean*", agregando para mayor claridad que *"todo castigo se impondrá por el poder judicial"*. La Constitución de 1876 y las Leyes Municipal y Provincial de 1867 seguirán la línea del período anterior, sin olvidarse ya esta última ley de las facultades sancionadoras de los gobernadores de provincias.

5. *La tendencia de la legislación especial administrativa a integrar la represión de este orden en el sistema penal común.*

A pesar de las facilidades que el sistema penal común, a través del Código, permitía, la legislación especial administrativa de este período —dicho sea en su honor— mantuvo un criterio estricto de respeto a aquél, remitiendo normalmente al juez penal el castigo de las infracciones a la legislación administrativa. Así se desprende de las regulaciones penales contenidas en las más importantes normas administrativas, algunas de las cuales analizamos a continuación.

En primer lugar, como pieza de especial solera del Derecho administrativo, debe destacarse el sistema contenido en las Ordenanzas de Montes de 1833. En ellas la Administración carece de competencias sancionadoras propias, que son atribuidas a los jueces ordinarios. Esta atribución está compensada con ciertas ventajas orgánicas y procesales, que son, como vimos, rasgo genérico del proceso penal francés de los tribunales de policía: a los funcionarios del ramo de montes se les otorga el carácter de ministerio fiscal y se les da asiento de distinción cerca del juez; por otra parte, los atestados de los guardas forestales, cuando reúnan determinados requisitos, hacen fe plena sin que se admita prueba en contrario. De este sistema se pasaría a uno mixto administrativo-judicial con la Ley de 1863 y el Reglamento de 17 de mayo de 1863.

Ni en la Ley de Caza de 3 de mayo de 1833, ni en la Ley de 16 de mayo de 1902 se atribuye la más mínima potestad sancionadora a la Administración. Por el contrario, el artículo 45 de esta última ley atribuye a los jueces municipales y a los jueces de tribunales ordinarios la competencia, según que la infracción sea constitutiva de delito o falta.

En materia de contrabando, también responden a un sistema judicial la Ley de 30 de mayo de 1830 y el Real Decreto de 20 de junio de 1852. El texto articulado, aprobado por Real Decreto de 3 de septiembre de 1904, únicamente atribuía a las Juntas Administrativas el conocimiento de las faltas, reservando el de los delitos a los tribunales penales, siguiendo el procedimiento llamado administrativo-judicial, que

suponía la competencia de éstos, actuando en juicio oral e instancia única, si bien con algunas adaptaciones en materia de procedimiento.

En prensa, la Ley de 26 de julio de 1883 facultó a la autoridad gubernativa para corregir las infracciones que no constituyeran delito con las penas señaladas en el Código penal para las faltas. Pero la competencia gubernativa se encuentra limitada por el hecho de que, contra el acto sancionador, se acepta un recurso suspensivo ante el juez penal, que ha de tramitarlo con arreglo a las normas establecidas para la apelación del juicio de faltas.

En materia de comercio interior y salud pública, el Real Decreto de 22 de diciembre de 1908 no atribuye competencia sancionadora a la Administración, limitándose a establecer unas reglas a que han de acomodarse los funcionarios para la averiguación y constatación de los hechos cometidos en fraude, pesos y calidad en los alimentos. Esta regulación sobreentiende que el castigo por estos hechos corresponde a los Tribunales penales.

La invasión de normas represivas en la legislación especial administrativa no es, pues, característica de este período, como tampoco del siguiente; es, más bien, un producto tardío de la legislación administrativa surgida a partir de 1939.

### C) *La legislación de la Dictadura y de la II República*

La apoteosis del poder penal administrativo se inicia en el período de la Dictadura de PRIMO DE RIVERA —1923-1930—, que fue en esto plenamente consecuente con los principios políticos que inspiraban su régimen político.

El poder penal de la Administración se afirma, en efecto, en términos absolutos, sin limitaciones en el Decreto-ley de 18 de mayo de 1926: *“En materias gubernativas y disciplinarias, el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas, imposición de sanciones, sin otro límite que el que señalan las circunstancias y el bien del país y lo inspire su rectitud y patriotismo”* (art. 1.º). *“Sobre tales determinaciones del poder público, a partir del 13 de septiembre de 1923 no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable”* (art. 3.º).

A nivel de legislación local, en el Estatuto de 1924 de Calvo Sotelo las multas aparecen como ingreso municipal (art. 316), como una sanción por defraudación de las exacciones municipales (art. 578 y Regla-

mento de Hacienda Municipal de 23 de agosto de 1924), aparte, claro está, como sanción ordinaria por infracción de las Ordenanzas Municipales y Bandos de Policía y Buen Gobierno, así como sanción por desobediencia al alcalde o falta de respeto a su autoridad (art. 154). Por su parte, el Código penal de 1828 estableció que las ordenanzas y reglamentos no podrán establecer penas privativas de libertad directas ni subsidiarias superiores a las del libro tercero, pero este límite no operaba para las penas pecuniarias; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Por lo demás, la legislación de la Dictadura ofrece la particularidad de que en ella se consagra y generaliza la atribución de potestades sancionatorias a los órganos superiores de la Administración central, pues, aparte de los poderes derivados del Decreto-ley antes citado de 1926, el estatuto provincial de 1925 regula los poderes sancionadores del gobernador y también del ministro de la Gobernación.

Quien pensase que la caída de la Dictadura y el advenimiento de la II República cambió el signo de la legislación administrativa en el punto que estudiamos, se engañaría. La II República fue inconsecuente con sus principios democráticos y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fue la Dictadura. Precisamente, una de las primeras leyes aprobadas en el Parlamento, incluso antes de la propia Constitución de 1931 (9 de diciembre), es la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, una ley que, más que para reprimir hechos concretos, apuntó a someter al desafecto político al nuevo régimen, como se desprende del discurso de presentación a las Cortes del presidente del Gobierno, lleno de injuriosa y despectiva causticidad contra los republicanos tibios:

*“Yo creo, señores diputados, que esta ley tiene, en primer lugar, la ventaja de hacer creer y hacer saber al país que es posible una república con autoridad y con paz y con orden público. Lejos, señor OSSORIO Y GALLARDO, de recibir con enojo y sorpresa el país esta ley, yo le aseguro a su señoría que la recibirá con júbilo y entusiasmo, sobre todo el país republicano, y sólo mirarán con recelo y enojo esta ley aquellos que tengan que temer algo de su aplicación.*

*¿Quién tiene que temer algo de su aplicación? De ninguna manera, la verdadera prensa, señor ROYO-VILLANOVA. Aquí no se habla de la prensa digna de ese nombre, la prensa que vive a la luz del día, dentro de las leyes y que respeta su decoro y el ajeno; pero*

*a las hojas y a las pequeñas bellacadas clandestinas que andan circulando por toda España, llevando a todas partes el descrédito de la institución republicana y de sus hombres, y del Parlamento y de los diputados y de la obra legislativa, ¿a eso vamos a llamar prensa, a esos reptiles que circulan por la sombra, que van de mano en mano corriendo por los rincones de la Península y sembrando el descrédito o la burla o las malas pasiones? Eso no es prensa, señor ROYO-VULLANOVA; eso no es prensa, y contra ella vamos.*

*¿Quién más tiene que temer esta ley? El funcionario negligente y desafecto, el magistrado poco celoso en la aplicación de la ley, el libelista —que noblemente oculta su nombre para eludir la gloria de sus escritos—; el agitador de oficio, sin convicciones ni conciencia, que se complace en sabotear la paz y la justicia de la ley republicana; los conspiradores de café, que creen tener montada una máquina infernal contra la República, porque, rodeados de media docena de monas epilépticas que por equivocación llevan el nombre de hombres, traen y llevan el instrumento de la destrucción, enredando, desacreditando, difundiendo la alarma y acabando por crear alrededor del régimen republicano esta situación de intranquilidad, de inquietud, de alarma, que, en definitiva, es un daño positivo, no para el vigor y la subsistencia del régimen, sino para su prosperidad, para los negocios, para todo el conjunto de la vida social, que sin este recurso se enrarecería en torno a la República; y eso es todo, señores diputados.”*

La ley definía, como actos de agresión a la República, un variopinto rosario de actitudes genéricamente descritas, huyendo de toda concreción y tipicidad, entre las que, a título ejemplificativo, destacan las siguientes: la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público; toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las instituciones u organismos del Estado; la apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación; el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno y a otras; la suspensión o cesación de industrias o labores de cualquier clase sin justificación bastante; las huelgas no anunciadas, las declaradas por motivos ajenos a las condiciones de trabajo o sin someterse a procedimientos de arbitraje y conciliación; la alteración injustificada del precio de las cosas; la falta de celo y la negligencia de los funcionarios públicos en el desempeño de sus oficios.

Las sanciones previstas en la ley —penas las llamó en su discurso el presidente del Gobierno— consistían en el confinamiento o extrañamiento de personal, la imposición de multas hasta 10.000 pesetas y la clausura e intervención de contabilidad de centros y asociaciones. Todas estas medidas podían decretarse sin sujeción a procedimiento por el ministro de la Gobernación o el Consejo de Ministros, no admitiéndose más recurso que el de reposición ante estas mismas autoridades en plazo de veinticuatro horas o cinco días, respectivamente. Por último, estas sanciones gubernativas se declaraban compatibles e independientes de las establecidas leyes en leyes penales.

Esta ley nació como norma temporal —hasta la disolución de las Cortes constituyentes, según la disposición transitoria de la Constitución de 1931—, pero su espíritu y parte de sus preceptos habían de incorporarse con carácter permanente a la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que el legislador republicano intentó justificar en la necesidad de un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico y en la inadecuación al mismo tiempo de la Ley de Orden Público del 23 de abril de 1870.

Tres son, en realidad, las innovaciones sustanciales de esta ley: la definición del orden público y el establecimiento de un catálogo de actos contrarios al mismo; la atribución al ejecutivo —sin necesidad de contar con el parlamento— de la facultad de declarar los estados de prevención, alarma y guerra, y, por último, la atribución a la autoridad gubernativa de facultades sancionatorias ordinarias fuera de la declaración formal de los estados de excepción.

El orden público se define como el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales en la Constitución. Como actos contrarios al orden público, se regulan —aparte de los que se realizan por medios violentos— los dirigidos a perturbar el funcionamiento de las instituciones del Estado, la regularidad de los servicios públicos o el abastecimiento y servicios necesarios a las poblaciones, la huelga y la suspensión de industrias ilegales, y los que de cualquier modo no previsto en los artículos anteriores alteren materialmente la paz pública (artículos 1.º y 3.º).

Los actos contrarios al orden público no constitutivos de delito podían ser sancionados por la autoridad gubernativa —fuera de la declaración de los estados de prevención, alarma y guerra— con multas de diez a cinco mil pesetas, aumentadas en caso de reincidencia en un cincuenta por ciento. El régimen de aplicación se diseñó con el máximo rigor: las



multas debían hacerse efectivas en el plazo de cuarenta y ocho horas, término igualmente para un recurso de alzada ante la autoridad gubernativa superior a la sancionante, que había de resolverlo en el plazo de diez días; si dentro de las veinticuatro horas de existir acuerdo gubernativo no se hubiese hecho efectiva la multa, se procedería a la exacción por la vía de apremio por el juez de instrucción, que, si fuere requerido para ello por la autoridad gubernativa, decretaría el arresto subsidiario del multado por tiempo no superior a un mes. Contra las multas impuestas se admitía recurso ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, *recurso que no tenía efecto suspensivo*. Por último, debe consignarse que la autoridad gubernativa podía decretar la detención gubernativa del multado si careciese de arraigo en el lugar y prestase caución (art. 18).

En el ámbito municipal, la ley de 1935 mantiene el criterio tradicional (base XX, arts. 88 y 122 del texto articulado) de la potestad sancionadora del alcalde por la infracción de ordenanzas y bandos municipales con límite máximo de hasta doscientas pesetas en las capitales con más de cincuenta mil habitantes. Con multas de la misma cuantía podían sancionar las infracciones de los bandos de policía y buen gobierno. Estas facultades del alcalde son independientes de las que le corresponde como delegado del Gobierno, dando lugar, según actuara en una u otra condición, a un diverso régimen de impugnación: *“Contra las multas impuestas por el alcalde, habrá recurso ante el juez de instrucción cuando la imponga en el ejercicio de su jurisdicción y de alzada en única instancia ante el gobernador cuando lo hiciera como delegado del Gobierno.”*

#### D) *El poder sancionatorio de la Administración desde 1939*

No era fácil para los legisladores del nuevo Estado llevar todavía más lejos que los regímenes anteriores el ámbito sancionatorio gubernativo.

La defensa del nuevo régimen por medio de la tipificación penal de las actividades políticas contrarias y su castigo a través de jurisdicciones especiales, hicieron innecesario, en principio, el aumento de sanciones administrativas de multa y arrestos subsidiarios.

La legislación municipal por ello no ofrece novedades dignas de destacar. Las facultades sancionadoras de alcaldes y gobernadores (artículos 112 y 260 del texto refundido de 24 de junio de 1955), siguiendo la tónica de la legislación anterior, con sanciones máximas de quinientas y diez mil pesetas, respectivamente.

Novedad importante es el diseño, en la ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958, de un procedimiento sancionador que establece garantías formales de importancia notoria (arts. 136 a 137), pero que se declara inmediatamente inaplicables a la represión de los fraudes fiscales, a las sanciones gubernativas en los casos y circunstancias de la Ley de Orden Público y a las infracciones de las leyes sociales (Decreto de 10 de octubre de 1959).

La Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, y antes el Estatuto de Gobernadores Civiles (Decreto de 10 de octubre de 1958) elevan las cuantías de las penas pecuniarias, cuyo máximo se establece como facultad del Consejo de Ministros en quinientas mil pesetas.

Nuevamente aparece la intención de liberar en todo condicionamiento formal la facultad gubernativa de sanción en el Decreto de 16 de junio de 1965, que, al declarar vigente el Procedimiento Administrativo del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1957, permite la *sanción de plano* cuando de la denuncia o antecedentes apareciese comprobada la infracción (art. 137, apartado 5).

Cierra esta evolución la ley de 21 de julio de 1971, que reforma determinados artículos de la Ley de Orden Público, elevando la cuantía de las sanciones económicas a un millón de pesetas y extendiendo el arresto sustitutorio —que pasa ahora a denominarse “responsabilidad penal subsidiaria”— a la privación de libertad hasta tres meses.

Pero lo más característico de este período no es tanto el aumento cuantitativo del poder sancionador gubernativo en el ámbito de la policía general sobre orden público, cuanto el desarrollo cualitativo del poder sancionador en todos los ámbitos de la intervención administrativa. Esta expansión tiene lugar de dos formas: bien a través de la conversión del poder policial penal en potestad sancionadora de la Administración a través de nuevas regulaciones legislativas y reglamentarias, como ha tenido lugar, entre otros casos, en contrabando y defraudación y al actualizar algún sector del Derecho administrativo, como la legislación de montes; bien, en otras ocasiones, la potestad sancionadora aparece configurada *ex novo* en favor de la Administración sin que suponga, por consiguiente, un traspaso de competencias represivas antes domiciliadas en el poder judicial. Es este último, quizá, el fenómeno más relevante de la moderna legislación administrativa en que no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones para los futuros infractores; el capítulo represivo al margen del sistema judicial penal se ha convertido en el inquilino habi-

tual de toda regulación administrativa, como acreditan la legislación tributaria, de vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, comercio exterior, policía fluvial, navegación aérea, industria, agricultura, trabajo, publicidad, caza, etc.

No es este lugar propio para un estudio pormenorizado de las manifestaciones sancionadoras de esta profusa legislación administrativa, obra de muy diversos personajes legislativos y burocráticos y por ello singular, cuando no contradictoria, en cada una de sus manifestaciones; de aquí el panorama anarquizante que esta legislación ofrece huérfana de principios unitarios hasta tal punto que la propia jurisprudencia ha sido incapaz de crear una doctrina coherente, como demuestra el hecho de que en unos casos afirma la sujeción del poder penal administrativo a las reglas del Derecho penal común y en otras muchas ocasiones la declara exenta de tales condicionamientos.

## VII

### LAS CAUSAS DEL DESARROLLO DEL PODER PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA. EN PARTICULAR LA RIGIDEZ E INEFICIENCIA DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL

Intentar desvelar las causas y motivos que han originado la atribución por la legislación administrativa de un poder penal a la Administración pública es tarea previa a cualquier intento de reforma, reforma ineludible si, como creemos, ese poder en su configuración actual, es contrario a elementales principios de nuestro constitucionalismo pasado y presente y marca el signo diferencial más grave del Derecho español en relación con el Derecho europeo.

Por de pronto, del análisis de la evolución histórica de la legislación administrativa se desprende que buena parte de ese desarrollo y, desde luego, el del crecimiento del poder sancionador de las autoridades gubernativas en materia de orden público, o el que afecta a la regulación de los derechos fundamentales como la libertad de expresión, ha sido consecuencia de reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas, sin que en este punto ninguno de los sistemas políticos que han precedido al actual pueda considerarse inocente en el arte de la creación y empleo de potestades administrativas para descalificar al adversario político. Si la regulación de la Dictadura atribuyó descarada-

mente ese poder al ejecutivo, la de la II República siguió su mal ejemplo y, además, trató de justificarlo y encubrirlo con tecnicismos jurídicos.

Pero los motivos políticos sólo pueden explicar el desarrollo de una parte del poder sancionador de la Administración, pero no ciertamente de aquella otra en que ese poder afecta a los múltiples sectores de la intervención administrativa. Pensar que obedece a motivaciones políticas el que sea la Administración y no los tribunales los que sancionan las infracciones a la legislación de tráfico, vivienda, comercio o industria supondría dimensionar en exceso el concepto de lo político con la consecuencia de encubrir motivos y causas de otro orden más modesto, pero no menos decisivo.

Decisivo es, en efecto, para explicar la extensión del poder sancionador de la Administración cual sea la extensión del poder penal de los tribunales. Porque el sector de la actividad represiva del Estado que los jueces no cumplen, tienden a cubrirlo los funcionarios. Si la legislación ha optado por la solución administrativa ello debe obedecer, al menos en buena parte, a que el legislador mismo desconfíe de que el sistema judicial pueda cumplir satisfactoriamente con aquella función.

Esa presunta desconfianza del legislador aparece ciertamente justificada si se compara nuestro sistema judicial penal con el de otros países: un sistema rígido, el nuestro, pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción, menos las infracciones a la legislación administrativa. El castigo de éstas, por sus especiales cualificaciones y, sobre todo, por su reciente masificación, impone una mayor coordinación de la Administración con los tribunales—sin perjuicio, claro está, de la independencia de éstos— y obliga al montaje de mecanismos procesales que permite a los jueces resolver con prontitud un número de asuntos antes inimaginables.

Nuestro viejo sistema procesal no parece haber tenido en cuenta esos factores, como evidencia la escasa atención que dedica a la regulación del juicio de faltas (arts. 692 a 697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), juicio a través del que, lógicamente, habrían de enjuiciarse la mayor parte de las infracciones a la legislación administrativa, infracciones de menor entidad, aunque no siempre. La Administración pública y los intereses que encarna son, en todo caso, los grandes ausentes del sistema procesal penal, como se evidencia a través del análisis de algunos de sus rasgos más característicos:

A) *Ausencia de los funcionarios públicos del proceso penal y falta de valor probatorio de la actividad administrativa de constatación de las infracciones*

Los funcionarios públicos —y con relación a los hechos que afectan a su actividad administrativa— pueden estar y actuar, según vimos, en el proceso penal de corte francés, bien como auxiliares de los órganos jurisdiccionales, bien como una de las partes del proceso.

En el primer caso, los funcionarios públicos actúan como órganos dependientes de la propia justicia, caracterización que se desprende en nuestro Derecho de la regulación contenida en los artículos 282 a 288 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las limitaciones de esta regulación se hacen evidentes por el solo hecho de considerar, por de pronto, que la consideración de miembros de la policía judicial —aparte de los miembros de los institutos armados y miembros de la policía en sentido material— no comprende ni mucho menos a todos los funcionarios públicos, sino únicamente a las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de los delitos o de algunos especiales.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece responder a la preocupación de asegurar la subordinación de la policía judicial a los jueces y fiscales, pero sin conceder nada a cambio en el orden probatorio a la actividad investigadora que éstos desarrollan. Con acertada terminología distingue la ley entre atestados y procesos verbales (relación circunstanciada de los hechos ante el juez o el fiscal), pero a ninguno de ellos confiere más valor que el que tendría el documento en que se consignase la actividad investigadora de un simple particular, como se desprende de la regulación del artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

*“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la policía judicial a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento personal.”*

Los funcionarios tampoco son, ni siquiera por asimilación circunstancial, miembros del ministerio público. Miembros de éste sólo lo son los integrados en el Cuerpo o Cuerpos correspondientes, ni uno más ni

uno meuos. Síguese de aquí que el ramo o sector de la Administración afectado por una infracción con consecuencias penales no puede comparecer como parte a través de funcionarios propios en el proceso, y ello ni en calidad de ministerio fiscal ni en condición de parte acusadora, función que corresponde monopolísticamente a los abogados del Estado. Su función queda prácticamente reducida al envío del *dossier* del asunto o testimonio de particulares al ministerio fiscal.

B) *Ambigüedad en torno a la naturaleza y carácter del ministerio fiscal*

El ministerio fiscal es —pese a sus orígenes y denominación— una institución despegada y distante del quehacer de la Administración pública. Por la forma de su reclutamiento, por sus condiciones de carrera y por su enfática vinculación al principio de legalidad, el ministerio fiscal es un cuerpo de funcionarios judiciales en los que descansa, a través del juego del principio acusatorio, una parte esencial del proceso penal.

De su viejo carácter de promotores o procuradores reales, resta su deber de obediencia al Gobierno a través del Ministerio de Justicia y del fiscal del Tribunal Supremo, obediencia que —aunque de muy difícil conciliación con la enfática vinculación a la legalidad— es todo lo que les queda de su condición de funcionarios a los miembros del ministerio fiscal.

Pero funcionarios o no, la realidad sociológica muestra que los fiscales tienden más a ser defensores en el proceso de la sociedad, del interés general, que del Estado o de intereses administrativos concretos. Esta tendencia a erigirse en unos segundos jueces y a desentenderse de los intereses singulares de la Administración pública se explica no solamente por su asimilación en las leyes orgánicas a las condiciones de carrera de jueces y fiscales, sino también por la aparición desde mediados del pasado siglo en el seno del Ministerio de Hacienda de un Cuerpo de Funcionarios, los Abogados del Estado, cuyo progreso en la Administración se debe en buena parte al hecho de haber desplazado a los fiscales de su papel de defensores de la Administración en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa a través de una fase intermedia en que el abogado del Estado actuaba como un simple delegado del ministerio fiscal.

Incluso en el proceso penal, el ministerio fiscal ha sido desplazado en cuanto defensor y representante del Estado. El Estado es para el

ministerio fiscal un afectado más, de la misma condición que cualquier otra persona física o jurídica por las consecuencias de la acción delictiva, pero no es un cliente particular y preferente; el ministerio fiscal no es el representante del Estado como sujeto de Derecho, como persona jurídica, como Administración pública, en suma, sino un simple mecanismo abstracto al servicio del principio acusatorio que encarna, defiende y representa intereses supraadministrativos.

Poco importa que la Administración pública pueda constituirse en parte en el proceso penal a través del abogado del Estado, pues la actuación de éste —desprovisto de todo privilegio procesal— está pensada para situaciones excepcionales, para supuestos en que hay que defender un interés patrimonial concreto, pero no para actuar en forma constante y continúa en el ejercicio de acciones penales que pudieran derivar de las infracciones a la legislación administrativa.

Falta, pues, en nuestro proceso penal o falta en la Administración pública la pieza de engarce entre ésta y la justicia penal, falta el mecanismo que permita llevar ante el juez penal de forma eficaz y directa la acción derivada de las infracciones a la legislación administrativa. Esta misión no puede ser, ante una Administración tan vasta y compleja como la actual, más que tarea específica de los propios funcionarios, convertidos ahora a través del poder sancionador en verdaderos jueces penales, quizá por o como consecuencia, en parte, de haberseles negado el pan y la sal dentro del sistema judicial común.

### C) *La rigidez de la regla "nulla poena sine iudicio"*

La creciente multiplicación de las infracciones a la legislación exige confiar en el juez hasta el punto de aceptar la posibilidad de condenas sin proceso, bien porque se produce un consentimiento del sancionado, bien porque toda la garantía se desplaza en el otorgamiento a aquél de un recurso especialmente enérgico que no sólo suspende los efectos del acto sancionador, sino que, además, invalida y anula la resolución sancionadora contra la que se dirige, forzando al órgano a un nuevo juicio.

Ambas técnicas, desarrolladas, como hemos visto, en el Derecho comparado europeo, son completamente desconocidas por nuestra legislación procesal, en la que no hay cabida para mecanismos de conciliación ni para resoluciones judiciales *inaudita parte*, originándose siempre y en todo caso la celebración del correspondiente juicio.

## VIII

### CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Ineludible resulta, ante una cuestión tan grave como la que nos ocupa, seguir cuestionando sobre la conformación o contradicción del poder sancionador de la Administración con las normas constitucionales. A nuestro juicio, la contradicción entre la legislación ordinaria habilitante del poder penal de la Administración pública y las normas constitucionales, puesta de relieve en la evolución histórica del Derecho español, ha de seguir en las últimas etapas de nuestro constitucionalismo.

Parece evidente, en efecto, que ni la Ley de Defensa de la II República ni la Ley de Orden Público de 1933 eran congruentes con las terminantes declaraciones de los artículos 28, 29 y 31 de la Constitución republicana, según los cuales :

*“Nadie será procesado sino por tribunal competente y conforme a los trámites legales, ni detenido ni preso sino por causa de delito, ni compelido a mudar de residencia a no ser en virtud de sentencia ejecutoria.”*

Sólo desconociendo el sentido elemental y literal de estos términos hubiera podido admitirse que los confinamientos o los arrestos subsidiarios e incluso de multas impuestas, todos ellos, por las autoridades gubernativas no violaban flagrantemente la Constitución.

Las Leyes Fundamentales vigentes no van a la zaga de ninguna otra Constitución, salvo la de Cádiz, en la reserva al poder judicial de la competencia en la función represiva, por cuanto, a través de un proceso de acarreo normativo, han incorporado a sus textos, literalmente además, los preceptos sobre la cuestión contenidos en el constitucionalismo histórico.

En el Fuero de los Españoles los artículos 17, 18 y 19 afirman el derecho a la *seguridad jurídica, la prohibición de detenciones no judiciales superiores a setenta y dos horas y de condenas que no sean impuestas por tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado*. Muy difícil o imposible resulta ciertamente conciliar estas reglas con las potestades sancionadoras de la Administración, que pueden llegar



a privaciones de libertad impuestas *de plano* —es decir, sin audiencia del interesado ni defensa— y sin posibilidad de ejercitar recurso alguno cuando se exige el previo pago de la multa y el sancionado carece de medios económicos. La privación del derecho de recurso —a través de la exigencia del previo pago— está también en contradicción con el principio IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, que afirma el *derecho de los españoles a una justicia independiente que será gratuita para los que carecen de medios económicos*.

Frente a una opinión o actitud que contempla como únicamente contraria a los principios constitucionales la sanción consistente en privaciones de libertad, contradicción que no alcanzaría a las sanciones pecuniarias, debe señalarse que a través de éstas, ya consistan en multas ya en prohibiciones o suspensiones del ejercicio de actividades comerciales o industriales, puede llegarse —todo dependerá de la cuantía de las multas en relación con el patrimonio del sancionado o de la intensidad de las medidas cuantitativas de sus actividades— a situaciones reales de confiscación de bienes o simplemente a atentados a la propiedad sin las garantías de la expropiación forzosa. Los principios constitucionales que prohíben la confiscación de bienes o que protegen la propiedad privada contra la actividad del ejecutivo impidiendo a éste destruir o limitar aquélla pueden ser burlados fácilmente a través de sanciones pecuniarias y ejecuciones administrativas de apremio sobre el patrimonio.

Desde el punto de vista de la organización de las funciones o poderes superiores del Estado, la potestad punitiva de la Administración aparece en atenta oposición al monopolio jurisdiccional que los artículos 24 y 31 de la Ley Orgánica atribuyen a los jueces y tribunales. Seguir estos preceptos: *“La justicia gozará de completa independencia y será administrada en nombre del Jefe del Estado y de acuerdo con las leyes por jueces y magistrados independientes. La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y cualesquiera otros que establezcan las leyes, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales.”*

Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA (11), “es evidente que estas declaraciones de nuestros textos constitucionales están aludiendo a un concepto material de pena, no puede admitirse la licitud de un fácil regateo de la imperatividad de estos textos por el argumento puramente

---

(11) Conferencia citada.

formalista de que las sanciones que administra o define la Administración no son verdaderas penas, sino que son sanciones administrativas y que las conductas sancionadas no son delitos, sino unas infracciones. Esta, naturalmente, no es una justificación, es un *posterius*. Es un *posterius* para explicar precisamente la alusión de un texto de la ley que justamente por su carácter constitucional no puede tener más que un sentido perfectamente inequívoco”. Toda la legislación del siglo XIX las denomina penas y así se designaban en el discurso ante las Cortes Constituyentes del presidente del Consejo de Ministros defendiendo la Ley de Defensa de la República.

Todavía podía encontrarse un último obstáculo constitucional a la potestad punitiva de la Administración en el artículo 2.º de la Ley Orgánica, para el que “la soberanía nacional es una e indivisible, sin que sea susceptible de delegación ni cesión. El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad y poder y coordinación de funciones”. Según algunos, este precepto —inspirado en los artículos 5.º y 6.º del anteproyecto de constitución de la Monarquía española, presentada por PRIMO DE RIVERA a la Asamblea Nacional el 6 de julio de 1929— supondría una vía libre, una licencia al ejecutivo, a la Administración, para el ejercicio de funciones judiciales mediante la fácil invocación de la unidad de poder. Este argumento pierde toda su fuerza si se piensa que sobre el mismo pudiera justificarse la eventual atribución a las Cortes de funciones judiciales y administrativas y el ejercicio por los tribunales de funciones administrativas o legislativas. El precepto, como decíamos, viene inspirado en la legislación constitucional proyectada de la última etapa de la Dictadura, pero la invocación del precedente no facilita la tesis de la confusión de funciones por cuanto allí se dice muy claramente que “*el sistema constitucional del Estado español responde al doble principio de diferenciación y coordinación de funciones*”. Y es precisamente el principio de la coordinación de funciones el que queda maltrecho con la atribución de la misma función represiva a diversos órganos del Estado, que funcionan con absoluta independencia, que pueden enjuiciar y dictar resoluciones sobre unos mismos hechos y con posibilidad de resultados judiciales últimos divergentes, en una palabra, con efectos frontalmente contrarios a los que la más modesta coordinación exigiría.

## IX

### CONDICIONES PARA EL ACERCAMIENTO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL DERECHO EUROPEO

Después de siglo y medio de disparidad entre la legislación ordinaria y la Constitución de poco serviría ciertamente tachar de anticonstitucionales a las normas administrativas que regulan el poder sancionador de la Administración. Anularlas a través de un recurso de contrafuero o simplemente derogarlas —más allá de las polémicas y politizadas normas sancionadoras sobre el orden público y los que afectan a algunas jurisdicciones especiales— supondría dejar indefensa a la Administración y negar la más elemental garantía a reglas necesariamente coactivas sobre la actividad de los administrados.

Más prudente parece, por ello, propugnar soluciones menos radicales y en este sentido se puede y debe ir al encuentro del Derecho europeo, que busca, como hemos puesto de relieve, una despenalización o desjudicialización de la actividad represiva del Estado llamando a la Administración a colaborar, siempre bajo la más enérgica fiscalización por los jueces y tribunales, en la tarea de sancionar las cada vez más numerosas infracciones a la legislación administrativa. Antípoda nuestra situación actual de la del Derecho europeo, el acercamiento a éste sólo es posible a través de una —valga la expresión— desadministrativización de la actividad penal o represiva del Estado ejercida en su mayor parte a través de funcionarios mediante actos sujetos a un régimen estricto de Derecho administrativo, régimen jurídico que históricamente ha surgido con muy diversas finalidades.

La solución más simple quizá fuera la de privar a las resoluciones sancionadoras de la Administración del rasgo autoritario que más afecta a la garantía, es decir, del privilegio de decisión ejecutoria, pues ningún sentido tiene —o, mejor dicho, es un contrasentido evidente— que la sentencia de un tribunal penal por mínima que sea la pena impuesta —dictada por jueces a través de un proceso con exquisitas garantías—, no pueda ejecutarse si pende la resolución de un recurso y que, por el contrario, el acto sancionador dictado por un funcionario, a veces sin

sujeción a procedimiento alguno, se ejecute, incluido su efecto máximo de privación de libertad, no obstante estar pendiente la resolución de un recurso jurisdiccional como es el contencioso-administrativo.

La solución más razonable, a nuestro juicio —recientemente adoptada, según vimos, por el Derecho alemán—, sería la de variar el orden jurisdiccional revisando ante la jurisdicción penal los actos sancionadores de la Administración, aceptando la posibilidad de interponer contra éstos, recursos suspensivos. El traslado de esa competencia revisora a la jurisdicción penal estaría avalado por dos órdenes de razones: en primer lugar, permitiría reconducir a unidad el ejercicio de la actividad represiva del Estado, dispersa ahora por una variada atribución a funcionarios y autoridades, tribunales especiales y la propia jurisdicción penal; en segundo lugar, se liberaría a la jurisdicción contencioso-administrativa de una competencia extraña a su naturaleza como es conocer de materia penal, permitiéndola ocuparse de sus asuntos específicos en un momento, además, en que dicha jurisdicción necesita con urgencia ser aliviada de una sobrecarga de trabajo que aumenta día a día el retraso de la revisión judicial administrativa con riesgo de hacer inoperante su específica función.

Lo que no parece viable es traspasar sin más a los tribunales penales, para ser ejercida a través del sistema procesal común, las actuales competencias sancionadoras de la Administración. Solución ésta la más simple, pero, a la vez, en exceso simplista por cuanto para actuarse sería necesario que previamente se reformase sustancialmente el sistema judicial penal, incapaz en su configuración actual de asumir una tarea de tan vastas proporciones.

En todo caso, algo habrá que hacer para que la intervención judicial sea algo más que una tardía y estéril revisión de sanciones ejecutorias, de penas ya cumplidas, como ahora está ocurriendo.

Frente a lo afirmado por el fiscal del Tribunal Supremo —según recordamos al comienzo de este trabajo— pensamos que el juez está para gastarse, para vivir inmerso en la realidad, para ser inmolado, para ser sacrificado en medio de las controversias y los conflictos individuales o sociales, para asumir, en todo caso, la responsabilidad de la condena grave o leve de un semejante.

Si el juez —supuesta su independencia— ocupa una posición central en el Estado de Derecho es porque confiere al Derecho su dimensión humana, es porque tras él, con su sabiduría o su ignorancia, con su

honestidad o corrupción, con su fatuidad o su modestia, con su valor o su cobardía, está el hombre mismo, instancia siempre más segura —con todos sus riesgos y limitaciones— que referir la aplicación del Derecho represivo a organizaciones que encarnan otros valores, como la grandeza de la colectividad o la eficacia, ante cuyos altares resulta más fácil —simplemente más fácil— el sacrificio de los valores más entrañables de la persona humana.

