

GARANTIAS Y SANCIONES

(Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas) (*)

Por

JOSÉ CID MOLINÉ

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PROBLEMAS CONCEPTUALES RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LAS SANCIONES.—3. POSICIONES ACERCA DE LAS GARANTÍAS DE LAS SANCIONES PUNITIVAS: 3.1. *Exposición y crítica de la tesis identificadora.* 3.2. *Exposición y defensa de la tesis diferenciadora:* a) Diferenciación de las sanciones en función de su severidad. b) Máximas garantías para las sanciones materialmente penales. c) Distribución de sanciones de acuerdo al principio de *última ratio.* d) Certeza de las sanciones y garantías. e) Órgano al que atribuir las sanciones.—4. PAPEL DE LA TESIS DIFERENCIADORA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 4.1. *Garantías constitucionales de las sanciones punitivas:* a) Compatibilidad de la tesis diferenciadora con la Constitución. b) Exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a las garantías de las sanciones: b1) Exposición. b2) Valoración. c) Exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a los supuestos de duplicidad de sanciones en relación a un mismo comportamiento. c1) Exposición. c2) Valoración. 4.2. *Mecanismos de tutela de bienes colectivos.*—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Una discusión recurrente entre la doctrina jurídica se refiere a las garantías que —en virtud de una determinada concepción ético-política o en aplicación de la Constitución o de normativas internacionales— son exigibles a las sanciones jurídicas y, seguramente, la cuestión más debatida en este marco es la relativa a si las garantías para infligir sanciones administrativas han de ser semejantes o menores a las requeridas para imponer sanciones penales.

Lo primero que se hace en este trabajo es cuestionar el planteamiento tradicional de este problema por parte de la doctrina jurídica, en base al cual el criterio relevante de clasificación de las sanciones de cara a la determinación de sus garantías es el del órgano que las impone.

(*) Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación (número de referencia PB94-0666), financiado por la DGICYT, que lleva por título «La despenalización (bienes colectivos, patrimonio y honor)». Su redacción finalizó en febrero de 1995 y sólo algunas referencias posteriores han sido incorporadas. Agradezco a Juan Bustos, Manuel Gerpe, Elena Larrauri y Tullio Padovani sus comentarios a anteriores redacciones de este trabajo.

Establecido un criterio de clasificación distinto, se polemiza con la tesis mayoritaria en la doctrina jurídica española, tanto entre los administrativistas como entre los penalistas, por la cual, dada la identidad entre las sanciones punitivas, sus garantías deben ser semejantes. Se señala la imposibilidad de conciliar esta tesis con el principio de *última ratio* y, en base a este principio, se postula una tesis que distinga las garantías de las sanciones en función de su severidad.

Por último, con apoyo en esta tesis alternativa, se realizan algunas consideraciones de política jurídica, relativas a la determinación de las garantías constitucionales de las sanciones y a los criterios que deben guiar al legislador para proteger bienes colectivos.

2. PROBLEMAS CONCEPTUALES RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LAS SANCIONES

La discusión acerca de las garantías de las sanciones jurídicas (1) parte de la distinción de las sanciones en dos clases, penales y administrativas, para, a continuación, proceder a establecer las garantías de unas y otras. Un sector doctrinal mayoritario sostiene que las garantías deben ser semejantes, mientras que otro sector, minoritario en la doctrina española, postula menores garantías para las sanciones administrativas.

Los defensores de la identidad de garantías arguyen que muchas de las sanciones administrativas son más graves que algunas de las sanciones penales y que, por tanto, en absoluto resulta justificable imponer aquéllas con menores garantías que las previstas para éstas. En palabras de partidarios de esta tesis:

«No es una verdad absoluta que las penas impuestas por el juez sean más aflictivas [que las impuestas por la Administración]; en segundo lugar, el importe concreto

(1) No entro en este trabajo en los arduos problemas relativos al concepto de sanción jurídica. Asumo una definición que comprende los siguientes elementos:

1. Una privación de bienes.
2. Impuesta a un individuo por atribuírsele la realización de determinado comportamiento.
3. Por una autoridad pública.
4. En base a normas que prescriben tal clase de privación a quien realice tal clase de comportamiento.
5. Normas dictadas por el legislador con el fin (no necesariamente exclusivo) de prevenir la realización de tales comportamientos.

Sobre el concepto de sanción jurídica, cfr. KELSEN (1960: 38-47), HART (1961: 50; 1968: 165-166) y PADOVANI (1985: 55-70).

a que ascienden las sanciones administrativas sobrepasa con muchísima frecuencia a las penales. No hay norma alguna que obligue a que aquéllas tengan que ser inferiores, y cuando en algún ordenamiento así se ha establecido (art. 603 del Código penal), el precepto es ignorado de forma sistemática por las leyes particulares y hasta vulnerado por normas de rango inferior a ley» (SUAY, 1989: 107).

«(...) la restricción de derechos que [las sanciones administrativas] provocan supone en ocasiones una "pena" tan gravosa como puede serlo la pena de prisión (piénsese, por ejemplo, en el cierre de una empresa, auténtica "pena de muerte" de una persona jurídica) y su imposición debería por ello revestir las garantías propias del derecho penal» (LOZANO, 1990: 47).

Los defensores de la tesis identificadora están en lo cierto cuando afirman que la Administración española tiene competencia para imponer sanciones más graves que algunas de las que pueden imponer los jueces en aplicación del Código penal, y ello parece ser un argumento poderoso a favor de la identidad de garantías. No obstante, también resulta cierto que la mayor parte de las sanciones impuestas por la Administración resultan de una gravedad muy inferior a la mayoría de las sanciones que imponen los jueces penales, lo cual parece jugar a favor de la tesis de la diversidad de garantías (2). Todo ello parece conducir a un callejón sin salida: si comparamos las sanciones administrativas con las más leves de las impuestas por los jueces penales tenderemos a defender la identidad de garantías; en cambio, si comparamos las sanciones administrativas con las sanciones de privación de libertad impuestas por jueces penales quizá optemos por la diversidad de garantías.

Vistas así las cosas, ambas soluciones resultan insatisfactorias y ello hace conveniente proponer una alternativa al planteamiento tradicional del problema por parte de la doctrina.

Como se ha señalado, la doctrina clasifica las sanciones en dos grupos, sanciones administrativas —considerando como tales las sanciones impuestas por la Administración— y sanciones penales —considerando como tales las sanciones impuestas por jueces y tribunales penales (3)—. Se trata de un criterio de clasificación de las

(2) Este argumento de la levedad de las sanciones administrativas como justificación de menores garantías para las sanciones administrativas es utilizado por DE LA MORENA (1987: 35).

(3) En relación a las sanciones penales, la doctrina que sigue esta identificación por

sanciones por el órgano que las impone. Realizada tal clasificación procede a determinar las garantías con las que deben imponerse unas y otras sanciones. Para ello toma en cuenta la severidad de tales sanciones y se encuentra con el problema de que algunas sanciones impuestas por la Administración son más graves que ciertas de las impuestas por jueces y tribunales penales, otras son semejantes y, en cambio, algunas de las impuestas por los jueces y tribunales penales son de mayor gravedad. Ante tal situación, en la que no resulta cierto, con carácter general, que las sanciones penales sean de mayor gravedad que las administrativas, un importante sector doctrinal postula la identidad de garantías.

El error conceptual de tal planteamiento radica en lo siguiente: si se considera que el criterio relevante para la atribución de garantías a las sanciones debe ser el de su severidad, no procede tomar como criterio clasificatorio, de cara a la atribución de garantías, el relativo al órgano que impone las sanciones, el cual es conceptualmente independiente del criterio de la severidad de las sanciones. En suma, parece evidente que si el criterio relevante de cara a la atribución de garantías es la severidad, la clasificación de las sanciones debe también responder a tal criterio.

Más adelante desarrollaré un planteamiento acerca de las garantías de las sanciones que parte de la clasificación de éstas por su severidad, pero antes se requiere entrar a discutir, no ya en su forma sino en su fondo, la posición mayoritaria de la doctrina jurídica que defiende la identidad de garantías entre las sanciones penales y las administrativas.

Para proceder a tal análisis resulta necesario, no obstante, disponer de un aparato conceptual que permita distinguir las sanciones en su dimensión formal (o por el órgano) y en su dimensión material (o por el contenido), en el bien entendido que me ocupo exclusivamente de las sanciones punitivas, es decir, de las que o bien no consisten o bien no se agotan en la compensación de la ofensa realizada (PADOVANI, 1985: 58-60).

Por el órgano que las impone distinguiré las sanciones entre administrativas (impuestas por la Administración) y formalmente penales (impuestas por jueces y tribunales penales). En atención a su contenido distinguiré entre sanciones de gravedad o severidad mínima (afectantes al patrimonio o a esferas concretas, de carácter secundario, de la libertad de actuación), sanciones de gravedad inter-

el órgano establece restricciones en atención a considerar la definición de pena que da el Código penal. Así, por ejemplo, al no aparecer en el catálogo del artículo 27 del Código penal (art. 33 CP 1995) no se considera como sanción penal la responsabilidad civil derivada de delito, no obstante ser impuesta por jueces y tribunales penales.

media (afectantes a esferas concretas, de carácter básico, de la libertad de actuación) y sanciones de gravedad máxima (aquellas que privan de la libertad ambulatoria o de otros bienes que limitan en mayor o semejante medida la libertad de actuación). Califico a estas últimas como sanciones materialmente penales (4).

3. POSICIONES ACERCA DE LAS GARANTÍAS DE LAS SANCIONES PUNITIVAS

3.1. *Exposición y crítica de la tesis identificadora*

La tesis mayoritaria de la doctrina jurídica, tanto administrativa como penal, viene formulada en los siguientes términos: dado que entre las sanciones formalmente penales y las administrativas no existen diferencias cualitativas (o esenciales), las garantías que rodean su imposición deben ser idénticas o, por lo menos, semejantes (5).

Dejando de lado el hecho de que algún autor pueda sostener lo anterior como consecuencia del planteamiento conceptual del pro-

(4) La expresión «sanción penal» (o expresiones sinónimas como «pena») es ambigua. Se utiliza, en un primer sentido, para aquellas sanciones que imponen los jueces y tribunales penales, con independencia de su contenido. Se utiliza, en un segundo sentido, para referirse a aquellas sanciones que, con independencia del órgano que las impone, tienen una determinada gravedad. Con el fin de eliminar la ambigüedad, utilizo dos términos distintos para referirme a una u otra cosa. La expresión «juez o tribunal penal» no es ambigua, significando juez o tribunal que tiene competencia para imponer (aunque no sea exclusivamente) sanciones materialmente penales.

El hecho de disponer de un concepto de sanción penal material resulta necesario no sólo en el nivel de política legislativa, sino también en el de aplicación de la legislación. Ello se debe a que tanto en normativas internas como internacionales se atribuyen garantías a instituciones denominadas con términos como pena o análogos, los cuales no pueden ser definidos atendiendo al plano formal, pues se dejaría el cumplimiento de tales garantías al arbitrio de quienes tienen obligación de aplicarlas (así, por ejemplo, bastaría administrativizar una sanción para que no le fueran de aplicación las garantías establecidas para la pena). La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984 (caso Öztürk) se basa justamente en tal razonamiento para exigir las garantías del artículo 6 del Convenio de Roma a una sanción administrativa. No obstante, en la citada sentencia se parte de una equiparación entre sanción penal material y sanción punitiva que no se comparte. Cfr. el comentario de SUAY a tal sentencia (1989: 195-200).

(5) La doctrina española postconstitucional defensora de esta tesis ha estado muy influida por GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 399-430), quien, en este artículo, propugna la tesis de que la competencia para imponer las sanciones punitivas se reserve al poder judicial, imponiéndolas con máximas garantías, con la única excepción de las sanciones administrativas en ámbitos de sujeción especial, para las cuales admite un régimen de menores garantías. A partir de la Constitución, y de la regulación que ésta realiza de las sanciones administrativas, la doctrina sensible a la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA propone no tanto una desaparición de la competencia sancionadora de la Administración, sino más bien una equiparación en garantías a las existentes para imponer sanciones formalmente penales. Entre otros, asumen esta tesis, además del propio GARCÍA DE ENTERRÍA (1981: 360), PRIETO SANCHÍS (1982: 102), BAJO/MENDOZA (1983: 573), FERREIRO (1985: 893), MUÑOZ QUIROGA (1985: 133), GIMENO (1988: 33), VIVES (1989: 193-197), PARADA (1989: 356), GARBERÍ (1989: 74, nota 23), SUAY (1989: 73) y LOZANO (1990: 47).

blema objeto de discusión, la citada tesis admite la siguiente explicación. Dado que la única característica común entre las sanciones administrativas y las formalmente penales es su carácter punitivo (6), entonces lo que realmente postulan estos autores es que entre las sanciones punitivas no existen diferencias esenciales y que, por ello, deben imponerse con idénticas (o, valga para todo lo que sigue, semejantes) garantías.

Esta tesis admite dos interpretaciones: de acuerdo a la primera, es la semejante severidad de las sanciones punitivas lo que justifica la identidad entre las garantías; en atención a la segunda interpretación, la identidad de garantías se justifica porque toda sanción supone una amenaza a los derechos del individuo que sólo un sistema de máximas garantías puede evitar que se sacrifiquen injustamente.

La primera interpretación de esta tesis —por la cual la razón de la identidad de garantías se encuentra en la semejante severidad de las sanciones punitivas (7)— es susceptible de la siguiente objeción. Tomemos en consideración dos clases de sanciones punitivas previstas en nuestro ordenamiento, las multas administrativas por infracciones de tráfico y las sanciones de privación de libertad en prisión previstas en el Código penal. Ambas son sanciones punitivas entre las cuales, contra lo estipulado por la tesis objetada, existen diferencias de severidad muy importantes. En primer lugar, afectan a bienes de distinto valor, pues los individuos atribuyen mucha más importancia a no ser privados de determinado tiempo de libertad que de determinada suma de dinero. En segundo lugar, la estancia en una prisión supone normalmente la privación de otros bienes primarios de la persona, cosa que no sucede con la sanción de multa. Por último, el paso por una institución penitenciaria suele tener consecuencias negativas para la vida futura del individuo, en términos de estigmatización y consiguiente distancia social, de las que suele carecer la sanción de multa (8).

(6) Entre las sanciones formalmente penales se encuentra también la llamada responsabilidad civil derivada de delito, que tiene carácter de sanción reparatoria, pero ella, como se dijo en la nota 2, no es considerada por la doctrina como sanción penal, en ninguno de los dos sentidos posibles de tal expresión, por lo cual no entra dentro de las sanciones para las que se postula identidad de garantías.

(7) Sostiene esta tesis PARADA, quien afirma: «... todas las leyes sectoriales administrativas apoderan a la Administración para imponer multas de alcance confiscatorio o la privación de derechos de inestimable valor (cierre de empresas, pérdida de carrera en los funcionarios, etc.) considerados por el común de la ciudadanía como de superior entidad a la pérdida temporal de libertad a través de arrestos limitados. Ante una potestad sancionadora tan poderosa, la garantía del principio de legalidad del Estado de derecho parece que debe ser tan riguroso en materia sancionadora administrativa como en el ámbito penal» (PARADA, 1989: 356). En semejante sentido, LOZANO (1990: 47).

(8) Los costes de las sanciones son derivados de sus funciones (de sus consecuencias sociales) y no de nuestras ideas acerca de cómo deberían ser tales sanciones, lo cual no pa-

Es cierto que podría haber comparado dos clases de sanciones cuyo grado de severidad fuera más cercano (por ejemplo, multas formalmente penales y multas administrativas), pero ello no afecta en absoluto al hecho de que en el reino de las sanciones punitivas previstas en nuestro ordenamiento hay sanciones de distinta severidad, siendo ello suficiente para refutar la tesis objetada, en la primera de sus interpretaciones.

La segunda interpretación de esta tesis, que es la que seguramente suscite más consenso entre sus partidarios, no basa la identidad de garantías en la idéntica severidad, sino en la consideración de que cualquier sanción punitiva supone una amenaza para los derechos individuales, los cuales nunca deben ser sacrificados injustamente, para lo cual se requieren máximas garantías. Con mucha claridad, y en referencia a las garantías procedimentales, expresa SUAY tal posición:

«Lo que está detrás del tema de las garantías de los administrados no es debilitar la posición de la Administración como, a veces ingenuamente, parece pensarse, no es evitar que ésta ejercite sus poderes represivos, es simplemente asegurar que tales poderes se ejerzan con rectitud y frente a los sujetos que verdaderamente hayan realizado los hechos que se les imputan. Las garantías constitucionales se establecen porque así lo exige el derecho constitucional de defensa que asiste a todos los ciudadanos. Eso es cierto, pero también lo es que dicho derecho está, en último término, al servicio del esclarecimiento de la verdad. *Se trata, en fin, de evitar algo tan simple como el castigo del inocente*» (1989: 53; cursiva añadida)

Antes de pasar a discutir la tesis que objetamos, de acuerdo a esta segunda interpretación (9), se requiere adentrarse algo en la función cumplida por las garantías en la imposición de sanciones.

rece ser tenido suficientemente en cuenta por los defensores de la tesis que objetamos, como se advierte en la siguiente reflexión de PARADA (1990: 9): «... las sanciones administrativas pecuniarias, las sanciones más habituales son tan fortísimas que superan en agravio y lesión a las privativas de libertad de corta duración». Añadiendo más adelante: «Sería preferible, sin duda, sufrir una pena privativa de libertad de corta duración —por supuesto, en condiciones penitenciarias normales, no en esas cámaras de autotortura en que se han convertido por la desorganización, la indisciplina y falta de medios muchas cárceles españolas— a verse abocado a la ruina económica, consecuencia de una multa exorbitante, que en la mayoría de los casos es un pena con grave incidencia en el entorno familiar.»

(9) Cfr. en defensa de esta tesis: PRIETO, quien postula «... un solo ordenamiento punitivo sometido al derecho con la misma intensidad en todas sus partes o, dicho de otro

En el marco del pensamiento ilustrado-liberal se defienden las sanciones como uno de los medios de canalización de las conductas de los individuos en aras al respeto de los derechos ajenos. El bien potencial de las sanciones consiste principalmente en su capacidad para prevenir comportamientos indeseados. Pero frente a este bien potencial se encuentra el mal que causa la sanción a quien la sufre. De tal manera, en el seno de tal corriente de pensamiento se sostiene que una sanción sólo está justificada si de ella se deriva un bien mayor. Las garantías de las sanciones deben servir, justamente, para evitar que el mal de la sanción supere sus posibles efectos benéficos de prevención.

Esta función se advierte con claridad en todas las garantías. Así, en primer lugar, la garantía de ofensividad —que prohíbe castigar comportamientos que no supongan un daño a bienes generales de terceros— asegura que del castigo quepa esperar algún bien que pueda compensar el daño de la sanción. En el mismo sentido, la garantía de culpabilidad —cuya principal exigencia es la limitación de la sanción a los comportamientos dolosos o imprudentes— evita que se sancione a individuos por haber producido daños que no estaban en disposición de evitar, imponiéndose sanciones que carecen de capacidad de canalizar las conductas de los individuos. Por su parte, las garantías de proporcionalidad —que obliga a que exista una correspondencia entre la gravedad del comportamiento y la severidad de las sanciones— y de humanidad —que prohíbe imponer sanciones excesivas respecto de las que tienen capacidad con carácter general para desinhibir la realización de conductas indeseadas— aseguran que el mal que causan las sanciones sea el menor posible.

La misma función de evitar que el mal de las sanciones supere el bien derivado de sus efectos preventivos se advierte en dos de las garantías más importantes, las de legalidad y jurisdiccionalidad. La primera se conforma de la legalidad formal (o reserva de ley) y de la legalidad material. Esta última incluye la legalidad en sentido amplio (que prohíbe castigar a un individuo por un comportamiento no sancionado por una norma anterior a su realización) y la taxatividad

modo, que la libertad y seguridad de los ciudadanos se vean igualmente garantizadas ante los jueces que ante la Administración (1982: 103)»; MUÑOZ QUIROGA, para quien «todos los esfuerzos del Derecho penal moderno propugnando el máximo de libertad del individuo y el mínimo de intervención del Estado (...) resultan baldíos, si después el propio ordenamiento permite la existencia de áreas de coincidencia con otro poder estatal, que puede apreciar la misma conducta con técnicas menos rigurosas (...)» (1985: 133, y, en sentido semejante, GARBERÍ, 1989: 74, nota 23); VIVES, arguyendo que «la identidad de naturaleza entre el derecho penal criminal y el derecho penal administrativo comporta, como consecuencia inevitable, que uno y otro hayan de regirse básicamente por los mismos principios garantistas, tanto en el orden material como el procesal» (1989: 197).

(esto es, la clara determinación de los comportamientos sancionados y de las sanciones correspondientes). La segunda consta también de dos niveles, el orgánico (que obliga a que la función de imponer sanciones sea desempeñada por un órgano de la máxima imparcialidad) y el procedimental (que subordina la sanción a la existencia de un proceso en que con posibilidades de defensa y en régimen de contradictorio se demuestre la realización del comportamiento por parte del individuo). Mediante el respeto a ambas garantías se impide la inseguridad de los individuos ante el temor de verse sometidos arbitrariamente a sanciones.

El pensamiento ilustrado defendió tales garantías frente a la imposición de las sanciones punitivas más severas, las materialmente penales; los autores que defienden la identidad de garantías las postulan frente a la imposición de cualquier sanción punitiva. Conviene discutir si resulta razonable esta extensión de las garantías.

Una primera cuestión importante para tal discusión, sobre la que seguramente pueda haber consenso, es que a mayor gravedad de las sanciones punitivas, más peligro existe de que el daño producido por las sanciones supere el beneficio derivado de ellas y, por ello, más garantías se requieren para evitarlo.

Dos ejemplos pueden servir para mostrar que las garantías son más necesarias frente a sanciones más graves.

El primero hace referencia a la garantía de jurisdiccionalidad. Si el legislador decidiera tutelar mediante sanciones privativas de libertad la seguridad en el tráfico resultaría muy peligroso que atribuyera presunción de veracidad a las declaraciones de infracción realizadas por los agentes de tráfico. La posibilidad de error por parte del agente que certifica la infracción y la amenaza de sanciones de tanta gravedad generaría una notable inseguridad en los ciudadanos. En cambio, parece evidente que esta inseguridad es menor si el riesgo para el ciudadano es sufrir injustamente una sanción pecuniaria.

Un segundo ejemplo se refiere a la garantía de proporcionalidad. Si el legislador, preocupado supongamos por la ingente cantidad de incendios forestales que se producen, decidiera imponer penas de privación de libertad para castigar a las personas que imprudentemente provocan un incendio, y esta legislación fuera efectivamente aplicada, se correría el riesgo de que la suma de los daños causados a los infractores superara el posible beneficio derivado de aquellos incendios evitados. El riesgo es, evidentemente, menor si la sanción que se impone a los incendiarios imprudentes es una sanción pecuniaria.

El hecho de que sea más grave disminuir las garantías a mayor gravedad de las sanciones no configura, por sí solo, ningún argu-

mento contra la tesis que postula máximas garantías para todas las sanciones punitivas, pero es un elemento necesario para plantear la crítica a esta tesis. En efecto, si los costes de disminuir algunas garantías no son graves y tal disminución puede permitir aumentar los efectos preventivos de las sanciones, quizá la tesis objetada impedirá que para proteger ciertos bienes puedan sustituirse sanciones muy severas por sanciones de menor severidad. Ello supondría que la tesis objetada no se adecua al principio de *última ratio*.

Para demostrar el razonamiento anterior es útil referirse al debate existente en el seno de la doctrina jurídica acerca de los mecanismos de protección de bienes primarios de las personas (como la vida o la integridad física) frente a determinados comportamientos peligrosos hacia tales bienes.

Se discute acerca de si la sanción debe limitarse a los comportamientos lesivos de tales bienes o si deben sancionarse también, mediante una anticipación de tutela, los comportamientos peligrosos. Aceptando lo último, se polemiza sobre si sólo deben sancionarse los comportamientos que suponen una peligrosidad concreta, comportando probabilidad de lesión para personas determinadas, o si pueden sancionarse comportamientos que, sin necesidad de poner en peligro a personas determinadas, suponen un riesgo genérico de lesión de aquellos bienes (peligro abstracto). Como se advierte, la posición más garantista es la que limita la sanción a los comportamientos lesivos, y la posición menos garantista la que defiende sancionar incluso los comportamientos que implican un riesgo genérico. Plantearé la polémica entre estas dos posiciones extremas.

Si el legislador se decide por la alternativa más garantista, sancionando exclusivamente los comportamientos lesivos de los bienes, es muy posible que muchos ciudadanos asuman riesgos para los bienes, confiando en que las lesiones no se producirán (con una confianza racional, ya que sólo excepcionalmente la asunción de riesgos comporta la producción de lesiones). Una forma de reducir la asunción de tales riesgos consiste en incrementar la severidad de las sanciones, hasta el punto en que los individuos se atemorizan por la posibilidad de que la lesión se produzca y ello conlleve la sanción. Dado que la seriedad de la amenaza exige la imposición de tales sanciones severas a los infractores, resultará que el coste del sistema de sanciones será elevado.

La alternativa menos garantista consiste en que el legislador se decida a intervenir sobre aquellos comportamientos que producen un riesgo genérico. El ciudadano no podrá ampararse en la probabilidad que la lesión no se produzca, ya que lo sancionado será el com-

portamiento de asunción del riesgo. Con el recurso a tal alternativa podrán utilizarse sanciones de severidad mínima, siendo suficiente con que ellas supongan un perjuicio mayor que el beneficio que comporta al individuo la adopción del riesgo. El sistema exigirá un determinado grado de certeza, que lleve al individuo infractor a advertir como probable la sanción, y ello comportará que más infractores serán sancionados. No obstante, el coste de un mayor número de personas a las que se imponen sanciones leves será mucho menor que aquel, derivado de la primera alternativa, en que un reducido número de personas sufren sanciones graves.

Si el legislador acoge esta segunda alternativa será menos garantista (quizá deba reducir no sólo la garantía de ofensividad, sino también la de jurisdiccionalidad, estableciendo un procedimiento rápido que garantice la certeza de la sanción), pero habrá conseguido un grado de protección de los bienes igual al que se produciría con la alternativa primera, reduciendo el coste global del sistema de sanciones.

Si lo anterior es cierto, se advierte una incompatibilidad entre la tesis de la identidad de garantías y un principio como el de *última ratio* que, para quienes son sensibles a una concepción utilitarista, ocupa, como a continuación se justifica, un lugar prioritario.

3.2. *Exposición y defensa de la tesis diferenciadora*

La tesis diferenciadora se articula en cinco puntos encadenados: *a)* el criterio relevante de clasificación de las sanciones de cara a la atribución de garantías es el de la severidad; *b)* las sanciones materialmente penales deben imponerse, dada su extraordinaria gravedad, con las máximas garantías, evitándose de tal forma que los daños que ocasionan superen los beneficios derivados de sus efectos preventivos; *c)* en atención al principio de *última ratio*, la utilización de sanciones materialmente penales deberá limitarse a los casos en que no exista posibilidad de proteger los bienes con sanciones de menor gravedad; *d)* para que las sanciones de menor gravedad puedan operar como efectivo medio de tutela será necesario un incremento del grado de certeza de la sanción, el cual requerirá, en determinados casos, una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones, y *e)* la competencia —judicial o administrativa— para tutelar bienes mediante sanciones no materialmente penales deberá decidirse en atención a dos criterios, la gravedad de las sanciones y la capaci-

dad de tales órganos para desempeñar con certeza la función sancionatoria (10).

a) *Diferenciación de las sanciones en función de su severidad.*

La tesis diferenciadora parte de la consideración sociológica, primordial para su desarrollo, relativa a la posibilidad de distinguir las sanciones punitivas existentes en nuestro ordenamiento jurídico en atención a su severidad.

Desde tal punto de vista resulta plausible diferenciar entre tres clases de sanciones por orden de gravedad. Las sanciones de gravedad máxima son las materialmente penales, caracterizadas por privar o limitar gravemente, con carácter general, la libertad de actuación, e incluyen principalmente a las sanciones privativas de libertad. En segundo lugar se encuentran las sanciones de gravedad intermedia, que son las que privan de una esfera concreta pero básica de la libertad de actuación (ejemplo: sanciones que impiden el ejercicio de la profesión). Por último, existen las sanciones de gravedad mínima, entre las que cabe incluir a las sanciones patrimoniales y las que privan de una esfera concreta pero secundaria de la libertad de actuación (ejemplo: sanciones de privación del permiso de conducción).

(10) La tesis diferenciadora en los términos expuestos ha sido postulada por un sector de la doctrina jurídica italiana. La contribución más destacada a esta doctrina es la de BRICOLA, del cual cfr. especialmente sus contribuciones de 1973 (16-17, 50-54 y 83), de 1984 (4, 76-83) y de 1985 (47-53), quien considera que tal tesis ha sido acogida por la Constitución italiana. Otras contribuciones importantes a ella en PADOVANI (1984: 952-961) y FERRAJOLI (1989: 480-482 y 741-742); en el plano legislativo italiano esta posición influye la Circular de 19-XII-1983 («Criteri operativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative»). En la doctrina española la tesis diferenciadora no ha sido acogida por ningún sector doctrinal. No obstante, en la reciente e innovadora obra de NIETO (1993: en especial, 28-35) se asumen, aunque a partir de un punto de partida distinto (el correcto cumplimiento por parte de la Administración de su función de protección de bienes colectivos), posiciones cercanas a las de la concepción diferenciadora, como muestra la siguiente reflexión crítica del autor hacia las posiciones mayoritarias en la doctrina española: «Los autores, por vocación y por profesión (de abogados) se colocan indefectiblemente del lado del infractor (que es el cliente) y desamparan a la Administración. Bien es verdad que gracias a ellos se ha conseguido eliminar muchos abusos de los poderes públicos, pero de ordinario a costa del abandono de los intereses públicos y colectivos. Por muy antipático que sea el papel sancionador de la Administración, no hay que olvidar que a ella corresponde la representación y defensa de tales intereses, que no es lícito marginar en beneficio del infractor. Resulta sorprendente, pero el hecho es que indefectiblemente se consideran "progresistas" las actitudes que recortan las potestades administrativas aunque sea a costa de los intereses públicos y generales. Por decirlo en términos deliberadamente simplistas y con cierto resabio demagógico: los infractores poderosos no sólo tienen abogados que los defienden, sino también autores que magnifican su posición de víctimas; mientras que la colectividad anónima e indigente apenas encuentra quien la defienda o escriba en atención a intereses generales que le afectan» (NIETO, 1993: 34-35). También se encuentran puntos de concordancia con la tesis diferenciadora en MESTRE (1988: 523-527), PAREJO (1990: 243-245), QUINTERO (1991: 254) y RODRÍGUEZ BEREIJO (1992: 17-19).

Entre tales sanciones pueden establecerse diferencias de un doble orden: por la importancia del bien al que afectan y por las consecuencias indirectas en la vida de la persona.

En cuanto al bien afectado por las sanciones, resulta bastante evidente que las sanciones patrimoniales, salvo casos excepcionales, no afectan en forma grave a los planes de vida del individuo, ya que no eliminan ninguna esfera de la libertad de actuación sino que, como máximo, restringen alguna de ellas. A tales sanciones son equiparables en gravedad aquellas que privan de una esfera determinada de la libertad de actuación que no resulta decisiva para llevar adelante los planes de vida del individuo. Las sanciones que privan de una esfera concreta de la libertad de actuación de carácter básico afectan en forma importante a los planes de vida del individuo, pero no impiden que éste los lleve adelante por otra vía. Por último, las sanciones materialmente penales, siendo las más características de ellas las de privación de libertad en prisión, se caracterizan por privar de un bien que es condición para el ejercicio de la mayoría de esferas de la libertad de actuación (11), impidiendo por tanto que el individuo lleve adelante sus planes de vida.

En segundo lugar, las diferencias entre tales clases de sanciones se deben a sus consecuencias negativas indirectas derivadas de sufrirlas o haberlas sufrido. Mientras que las sanciones materialmente penales suponen, normalmente, la identificación del individuo como desviado, lo cual le comporta distancia social (12), las sanciones de gravedad intermedia suelen tener en menor nivel tal consecuencia, y las de gravedad menor, simplemente, carecen de tales efectos negativos (13).

(11) Ello resulta indudable en nuestro país dada la gran limitación a los derechos fundamentales que sufren las personas privadas de libertad en instituciones penitenciarias. Existe un conjunto de esferas de la libertad de actuación que inevitablemente vienen excluidas como consecuencia de sufrir una sanción privativa de libertad (por ejemplo: la libertad de circulación, la convivencia con determinadas personas, el ejercicio de determinada profesión). Pero existen otras esferas de la libertad de actuación, no incompatibles con la privación de libertad, cuya existencia depende de la regulación jurídica y de la aplicación realizada de las sanciones privativas de libertad. Así, por ejemplo, el derecho a la intimidad no es incompatible con la privación de libertad, pero la legislación penitenciaria española no lo garantiza. El derecho a la salud sí es reconocido por la legislación penitenciaria, pero su garantía efectiva no puede considerarse satisfactoria. De tal manera puede decirse que el nivel de humanidad de una institución penitenciaria es mayor a medida que excluye privaciones de la libertad de actuación que no son consecuencia necesaria de la privación de libertad. Se trata con más extensión esta cuestión en CID (1994: 202-206 y 295).

(12) Desde tal punto de vista puede decirse que la norma del artículo 73.2 de la Ley orgánica general penitenciaria («Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica») resulta poco eficaz.

(13) A la función estigmatizadora de algunas sanciones contribuye no sólo su contenido, sino también su publicidad. En tal sentido, el hecho de que las sanciones más graves (como las privativas de libertad) se impongan en un proceso público las hace más estigma-

Con ello sólo se muestra que entre las sanciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico existen diferencias de importancia en lo que hace a su severidad. A continuación debe examinarse en qué medida tales diferencias pueden servir para justificar una distinción de garantías en su imposición.

b) *Máximas garantías para las sanciones materialmente penales.*

Existe, como acaba de mostrarse, una clase de sanciones de una extraordinaria severidad, por suponer una afección radical a los planes de vida del individuo. Para evitar que los costes de tales sanciones (los daños causados en quienes las sufren, la inseguridad que produce en la sociedad ser víctima arbitraria de alguna de tales sanciones) superen los beneficios, en términos de prevención, derivados de ellas, se requiere que se impongan con respeto al conjunto de garantías, anteriormente referidas, postuladas por el pensamiento ilustrado-liberal.

Ya anteriormente he puesto de manifiesto los riesgos que supone la disminución de garantías en relación al principio de ofensividad. Si se adelanta la tutela hasta el punto de castigar con sanciones materialmente penales aquellos comportamientos de riesgo genérico para los bienes, los beneficios que se obtendrán en términos de prevención tendrán un coste altísimo por el gran número de personas que deberán ser condenadas a penas de prisión. Algo semejante sucede con el principio de jurisdiccionalidad. La posibilidad de que las sanciones penales sean impuestas sin todas las garantías del juicio contradictorio eleva las posibilidades de sufrir arbitrariamente sanciones penales y disminuye el nivel de seguridad de una colectividad. De nuevo, existe el riesgo de que el incremento del efecto preventivo (pues al castigarse a más individuos se elevará la certeza de la sanción) no compense este incremento de la inseguridad que se produce en la colectividad. Por acabar, si el legislador decide incrementar con carácter general la duración de las sanciones o el grado de dureza de su ejecución, afectando de tal forma al principio de humanidad, comportará un exceso de violencia que muy difícilmente quedará compensado por un discutible incremento de la función preventiva,

tizadoras que si tal publicidad no existiera (compárcese en este sentido sanciones privativas de libertad impuestas con procedimiento administrativo, por ejemplo en el ámbito militar, con sanciones privativas de libertad impuestas con procedimiento penal). En el mismo sentido, las sanciones patrimoniales impuestas en procedimiento público (por ejemplo, las multas impuestas por jueces y tribunales penales) generan mayor estigma que las impuestas en un procedimiento no público como es el administrativo.

pues el efecto preventivo, una vez que la sanción supera claramente los beneficios a conseguir con el comportamiento sancionado, depende más bien del grado de certeza en su imposición (14).

c) *Distribución de sanciones de acuerdo al principio de «última ratio».*

El tercer punto de la posición diferenciadora consiste en establecer que el recurso a sanciones materialmente penales para proceder a la tutela de los bienes sólo está justificado cuando no pueda conseguirse un nivel de protección semejante (o no excesivamente menor) mediante el recurso a sanciones de gravedad inferior (15).

Para que mediante sanciones de gravedad inferior a las materialmente penales pueda conseguirse un nivel de tutela semejante al que se conseguiría mediante sanciones materialmente penales deben cumplirse las tres condiciones siguientes.

La primera condición consiste en que los potenciales infractores dispongan de un bien (de menor importancia a la libertad ambulatoria) con cuya privación ser sancionados. El problema para el cumplimiento de tal condición se encuentra en que mientras la libertad ambulatoria es un bien que la generalidad de individuos tiene interés en conservar y, por tanto, sirve como medio de tutela con independencia de los potenciales infractores, los bienes de menor rango de los que privan las sanciones de menor gravedad a las materialmente penales tienen el problema de que no necesariamente son disfrutados por la generalidad de individuos.

La segunda condición es que la sanción, pese a no ser materialmente penal, supere claramente los posibles beneficios derivados del comportamiento infractor. Para dar cumplimiento a tal condición se deberán determinar las características de los potenciales infractores, sus motivaciones principales para el comportamiento infractor y, en base a ello, establecer la clase de sanción que cumple tal requisito.

La tercera condición exige que el grado de certeza de tales san-

(14) En la doctrina jurídica española, GIMBERNAT (1971: 151-157) ha proporcionado una justificación utilitarista de la imposición de sanciones materialmente penales con respeto a las máximas garantías.

(15) Pese a que normalmente se haga alusión al principio de *última ratio* en referencia a las sanciones materialmente penales, su sentido alcanza, como señala NIETO, a la sustitución de una clase de sanciones de determinada gravedad por otra de gravedad inferior y a la sustitución de la respuesta sancionatoria por un tipo de intervención no coactiva (NIETO, 1993: 29-30). Pero, en referencia a esto último, difícilmente se plantearán como alternativas la tutela coactiva y la no coactiva, sino que, vistas como complementarias, el problema de política jurídica estará en determinar a cuál de ellas dedicar más recursos.

ciones compense, en relación a las sanciones materialmente penales, su menor severidad. De acuerdo a la teoría de la prevención general, el grado de prevención de una sanción depende fundamentalmente de dos variables, de su severidad y de su certeza (esto es, de la probabilidad advertida de ser víctima de la sanción si se realiza el comportamiento infractor). Por ello, tales sanciones no materialmente penales sólo conseguirán acercarse a la efectividad de las materialmente penales si incrementan, respecto de éstas, su certeza.

Para que una clase de sanciones consiga un grado aceptable de certeza se deben cumplir, a su vez, dos requisitos. El primero requiere que el Estado disponga de un aparato sancionador, con capacidad para inspeccionar, sancionar y exigir el cumplimiento de las infracciones. Si el Estado carece de tales instrumentos en medida suficiente, la actividad sancionadora no será, como se ha destacado recientemente, un instrumento de prevención, sino de inseguridad (NIETO, 1993: 28) (16). El segundo requisito hace referencia a la limitación de aquellas garantías que están en tensión con la certeza de la sanción, aspecto que, por su entidad, desarrollamos en distinto epígrafe (17).

d) *Certeza de las sanciones y garantías.*

De las garantías postuladas por los autores liberales, algunas resultan funcionales al logro de la prevención (legalidad material, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad), mientras que otras, en cambio, disminuyen la certeza de la sanción y, por ello, limitan la función preventiva (ofensividad y jurisdiccionalidad) (18).

(16) Con razón, y en referencia a las sanciones administrativas, esta situación de sanciones previstas en normas que luego no son aplicadas lleva a NIETO (1993: 29) a plantear, a mi juicio con razón, que si la Administración no reprime determinada clase de infracciones luego no puede, sin previo aviso, sancionar a un individuo que realiza una infracción. Por cierto, la posición de NIETO está en sintonía con la concepción de KELSEN (1981: 224) de considerar que la validez de una norma requiere de un mínimo de eficacia (dependiente de su cumplimiento por los órganos jurídicos y de su acatamiento por los individuos).

(17) La posición que postula al principio de *última ratio* como criterio de distribución de sanciones está en cierto conflicto con la que establece que el principal criterio para distribuir las sanciones es la gravedad de las ofensas, considerando que si nos encontramos frente a ofensas graves la sanción a utilizar es la materialmente penal, reservando las sanciones no materialmente penales para la represión de infracciones de menor gravedad, a imponer por la Administración y con un régimen de limitación de alguna garantía. En esta línea, entre otros, CEREZO (1985: 50), SANZ (1985: 80) y DEL REY (1990: 206, 222).

(18) En lo que hace referencia a la legalidad formal (o reserva de ley), los autores que sustentan la tesis diferenciadora admiten también diferencias entre las sanciones materialmente penales y las sanciones punitivas de inferior gravedad y, de alguna manera, tales diferencias también derivan de exigencias preventivas.

Así, BRICOLA (1973: 43-45; 1984: 69), en su interpretación de la Constitución italiana, considera que las sanciones materialmente penales deben estar sujetas a una reserva absoluta de ley parlamentaria, como forma de garantizar que la aficción tan grave a los dere-

Comenzando por el primer grupo de garantías, la legalidad material es funcional a la prevención porque a mayor claridad en la determinación de los comportamientos sancionados, más nítido llega el mensaje motivador al ciudadano.

La culpabilidad, en el sentido de exclusiva sanción de comportamientos dolosos o imprudentes, es funcional a la prevención ya que sólo se puede intentar prevenir aquellos comportamientos que el sujeto sabe que está realizando o, como mínimo, está en condiciones de advertir su posibilidad de realización. En el mismo sentido, de la sanción impuesta a quien se encuentra en error inevitable de prohibición no cabe esperar que despliegue efectos preventivos en relación al resto de individuos. Por excepción, la garantía de culpabilidad puede encontrarse en tensión con las exigencias preventivas en referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas (19).

La proporcionalidad posibilita que se alcance mayor función preventiva respecto de los comportamientos más graves. Resulta evidente que si el potencial infractor está en disposición de realizar comportamientos infractores de distinta gravedad, será beneficioso no sólo desestimularle a realizar cualquiera de los comportamientos, sino además que se sienta más inhibido frente a los comportamientos más graves.

Por último, la garantía de humanidad evita sanciones excesivas respecto de aquellas que, por superar claramente el beneficio de la infracción, tienen capacidad, con carácter general, de operar como estímulo desinhibidor.

Frente a estas garantías existen otras, las de ofensividad y jurisdiccionalidad, cuyo reconocimiento pleno pone, a mi juicio, dificultados del ciudadano sea decidida por el Parlamento, con participación de las minorías, dificultando que se sacrifiquen, con normas poco garantistas, sus derechos. En cambio, cuando las sanciones utilizadas son de menor gravedad (en especial, las de carácter patrimonial), y por tanto el peligro de sacrificio de los derechos de las minorías es menor, es admisible, si ello resulta necesario para atender a necesidades de actualización normativa a llevar a término por órganos especializados, una participación del ejecutivo en la determinación de los ilícitos, en base a la técnica de la reserva relativa de ley.

(19) Como señala REBOLLO (1989: 611, 676), la admisión de personalidad jurídica a las personas jurídicas obliga a modificar las reglas de atribución de responsabilidad. Determinadas obligaciones van dirigidas a la persona jurídica, la cual las cumple en su caso a través de alguna persona física. Si, en caso de incumplimiento, se quisiera respetar, en su sentido estricto, el principio de culpabilidad, que prohíbe sancionar por hecho ajeno, no podría sancionarse a la persona jurídica, sino exclusivamente a la persona física que ha incumplido la obligación. En tal caso se impediría una rápida responsabilización por la infracción realizada y, a su vez, obstaculizaría que la sanción recayera sobre la persona jurídica que es la directamente beneficiada por la infracción. Cabe concluir que si el legislador intenta disuadir a la persona jurídica de la realización de ciertos comportamientos (acciones u omisiones) mediante la previsión de sanciones patrimoniales, que son las únicas que ella está en disposición de cumplir, su responsabilidad debe ser, si quieren alcanzarse efectos preventivos, objetiva. En tal sentido, BRICOLA (1982: 368-369) y NIETO (1993: 313).

tades al logro de la función preventiva, ya que limita las posibilidades de que la sanción alcance un mayor nivel de certeza.

La garantía de ofensividad limita el nivel de certeza de la sanción en aquellos ámbitos en los que son delimitables comportamientos de riesgo importantes para los bienes básicos de los individuos (como la vida y la integridad personal) que podrían ser combatidos mediante un adelantamiento de la tutela, que sancionara puestas en peligro abstractas de los bienes. En efecto, como se dijo anteriormente, si el legislador, respetuoso de la garantía de ofensividad, sanciona exclusivamente conductas de daño y de puesta en peligro concreto de los bienes, los individuos realizarán muchas conductas de riesgo confiando en que el daño (o, en su caso, el peligro concreto) no se producirá. Es justamente la posibilidad que da el legislador a que los individuos afronten riesgos lo que disminuye la certeza de la sanción. La sanción no es certera por la baja probabilidad (real y advertida) de que el comportamiento de riesgo lleve a la realización del resultado de daño (o de peligro concreto) sancionado (20).

La garantía de jurisdiccionalidad cumple la función de evitar, en la mayor medida posible, que individuos que no han cometido la infracción sean sancionados. Pero, a su vez, esta garantía supone limitar la certeza de la sanción por dos motivos. En primer lugar, porque al exigir esta garantía que se formen las pruebas en régimen de contradictorio y con las necesarias garantías de defensa hace que disminuyan tanto la cercanía temporal entre la infracción y la sanción como el número global de sanciones impuestas. En segundo lugar, porque las dificultades probatorias que son exigibles para cumplir con el principio de jurisdiccionalidad llevarán razonablemente a que una parte de los infractores queden sin sanción. Ambos motivos suponen que disminuya la probabilidad advertida del ciudadano de ser sancionado si realiza un comportamiento infractor y, por tanto, limitan la certeza de la sanción.

Todo lo anterior puede resumirse de la siguiente manera: si se quiere hacer efectivo el principio de *última ratio*, consiguiendo una razonable tutela de los bienes mediante sanciones de gravedad inferior a las materialmente penales, se requiere compensar la menor severidad de tales sanciones con un incremento de su grado de certeza, para lo cual se requerirá moderar el cumplimiento de algunas garantías que se encuentran en tensión con la citada certeza de la sanción. Es cierto que la moderación de garantías comportará que más perso-

(20) La certeza de la sanción, como elemento de la función preventiva, influye en el momento en que el individuo realiza el comportamiento de riesgo. A partir de entonces se entra en un proceso en el que la realización o no del resultado de daño o del peligro concreto depende de factores casuales.

nas sean sancionadas y que exista mayor posibilidad de ser sancionado injustamente, pero tales costes serán —al menos en los casos en que las sanciones son de gravedad mínima— muy inferiores a los que derivarían de mantener un sistema de sanciones materialmente penales con las máximas garantías.

e) *Órgano al que atribuir las sanciones.*

La última cuestión que resta por afrontar es la relativa al órgano al que debe atribuirse la competencia para imponer las distintas clases de sanciones.

Por lo que concierne a las sanciones materialmente penales, ya se ha puesto de manifiesto anteriormente que su gravedad obliga a imponerlas respetando las máximas garantías, con el fin de evitar que sus daños superen a los beneficios en términos de prevención. Concretamente, para reducir al mínimo la posibilidad que el inocente sea sancionado, y la consiguiente inseguridad que ello genera en la sociedad, se requiere respetar en la máxima medida la garantía de jurisdiccionalidad. Esta garantía se conforma tanto de exigencias procedimentales (las relativas a la existencia de un juicio en que con garantías de defensa y en régimen de contradictorio se demuestre la realización de un comportamiento sancionado) como orgánicas (relativas a que el órgano juzgador ocupe una situación de máxima imparcialidad respecto de los intereses en conflicto). Ello supone, en definitiva, que la competencia para imponer sanciones materialmente penales la tenga en exclusiva el poder judicial.

Cuando, atendiendo a las condiciones anteriores, pueda protegerse determinado bien mediante sanciones no materialmente penales y, por tanto, no sea exigible en la máxima medida la garantía de jurisdiccionalidad, existirá la posibilidad de opción entre la atribución de la competencia sancionadora al poder judicial o a la Administración.

La opción deberá decidirse atendiendo a dos factores: la gravedad de las sanciones a imponer y la capacidad de los respectivos órganos de desempeñar con certeza la función sancionatoria. Si las sanciones a utilizar son de gravedad intermedia, acercándose a las materialmente penales, más necesaria será la garantía de jurisdiccionalidad y, en principio, será preferible atribuir su competencia al poder judicial. Por contra, cuando las sanciones sean de gravedad mínima, la opción deberá realizarse atendiendo al órgano que tenga más capacidad de desempeñar con certeza la función sancionatoria.

Para que la Administración pueda desempeñar con certeza la función sancionatoria, y por tanto le pueda ser atribuida la compe-

tencia, se requieren estas dos condiciones. En primer lugar, que disponga de unos órganos de inspección (policía administrativa) y de represión de las infracciones con especialización suficiente para proceder al control y sanción. En segundo lugar, que tales órganos estén sometidos a condiciones de actuación que garanticen un grado suficiente de imparcialidad en el ejercicio de su función y que impidan otro compromiso que la salvaguarda de los bienes protegidos.

En caso de que ambos órganos tengan la capacidad de desempeñar con certeza la función sancionatoria, existen dos motivos para decantarse por la Administración: permitir que el poder judicial se concentre en la tutela de aquellos bienes cuya protección no pueda ser encomendada a otros órganos y evitar un proceso judicial que tiene unos costes en términos de estigmatización de los que carece, en gran medida, un procedimiento administrativo.

4. PAPEL DE LA TESIS DIFERENCIADORA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Una vez vistas las razones ético-políticas que hacen preferible la tesis diferenciadora a la identificadora puede pasarse a concretar su posibilidad de influir en el ordenamiento jurídico español. Me centraré en dos cuestiones: en primer lugar, aludiré a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional, examinando la compatibilidad de la tesis diferenciadora con la Constitución y procediendo a valorar la rica jurisprudencia constitucional sobre el tema que nos concierne desde la tesis defendida; en segundo lugar, me referiré a la tutela de determinados bienes colectivos, para plantear una alternativa a la situación actual de indecisión legislativa sobre el tipo de sanciones y garantías con los cuales protegerlos.

4.1. *Garantías constitucionales de las sanciones punitivas*

Con el objetivo de determinar las posibilidades de que la tesis diferenciadora influya, en su margen de discrecionalidad, las resoluciones del Tribunal Constitucional, procedo en este epígrafe a tratar las siguientes cuestiones: *a)* compatibilidad de la tesis diferenciadora con la Constitución; *b)* exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a las garantías de las sanciones, y *c)* exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a los supuestos de duplicidad de sanciones para un mismo comportamiento.

a) *Compatibilidad de la tesis diferenciadora con la Constitución.*

Como se ha señalado, la idea básica de la tesis diferenciadora consiste en propugnar una distinción de garantías en atención a la severidad de las sanciones. Antes de adentrarse en la jurisprudencia constitucional conviene examinar si la asunción de tal tesis resulta incompatible con la Constitución, lo cual dejaría sin sentido al análisis crítico de la jurisprudencia en base a la tesis defendida.

De acuerdo a la tesis diferenciadora, existe un conjunto de garantías que deben ser comunes a todas las sanciones punitivas (legalidad material, culpabilidad —con la salvedad de las personas jurídicas—, proporcionalidad y humanidad). De tales garantías, la Constitución sólo se ha referido expresamente a la legalidad material y a la humanidad. La legalidad material es una garantía que la Constitución, en su artículo 25.1, ha establecido con carácter general para todo tipo de sanciones punitivas impuestas por poderes públicos, y la humanidad, a la que se refieren los artículos 15 y 25.2, está concebida como límite de severidad que afecta principalmente a las sanciones materialmente penales. En todo caso, ningún obstáculo existe en la Constitución para que todas las garantías referidas se establezcan con carácter común para todas las sanciones punitivas.

En referencia al otro grupo de garantías, la tesis diferenciadora considera que las garantías de ofensividad, jurisdiccionalidad y legalidad formal deben darse con toda intensidad para imponer sanciones materialmente penales y pueden moderarse en relación a la imposición de sanciones punitivas que no tengan carácter materialmente penal.

Comenzando por la garantía de ofensividad, resulta que ella no ha sido aludida en forma expresa por la Constitución, lo cual permite que el legislador pueda moderar tal garantía, si así lo requieren exigencias de prevención, en los casos en que proteja bienes mediante sanciones no materialmente penales.

Respecto de la garantía de jurisdiccionalidad, cabe distinguir entre el nivel orgánico y el nivel procedimental de tal garantía. Por lo que hace al nivel orgánico, los preceptos constitucionales no son incompatibles con la tesis diferenciadora, por cuanto reservan al poder judicial la imposición de las sanciones materialmente penales más características (las privativas de libertad) pero admiten la imposición de otro tipo de sanciones por parte de la Administración, lo cual, indudablemente, supone establecer diferencias entre las

sanciones en el plano de la jurisdiccionalidad (21). Por lo que se refiere al nivel procedimental de tal garantía, establecido en su artículo 24.2, la Constitución no establece con claridad su ámbito de referencia (22).

Por último, tampoco en referencia a la garantía de legalidad formal la Constitución ha establecido la obligación de que todas las sanciones punitivas estén sometidas a una reserva absoluta de ley (23).

b) *Exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a las garantías de las sanciones.*

b1) *Exposición.*

La exposición de la jurisprudencia constitucional acerca de las garantías de las sanciones requiere, inicialmente, delimitar los conceptos y criterios clasificatorios utilizados por el Tribunal con tal objetivo.

En cuanto a los conceptos, el Tribunal Constitucional usa las expresiones «sanción penal» y «sanción administrativa» en sentido formal, es decir, la primera equivale a sanción punitiva impuesta por jueces o tribunales penales y la segunda a sanción punitiva impuesta por la Administración (24). En lo que concierne a la clasificación de

(21) La Constitución ha establecido normas acerca de la imposición de sanciones por parte de jueces (arts. 25.1 y 117.3) y por parte de la Administración (arts. 25.1 y 25.3). El artículo 25.3 prohíbe a la Administración civil imponer sanciones privativas de libertad.

(22) Una primera interpretación posible sería que el artículo 24.2 se refiere exclusivamente a las sanciones formalmente penales, pero tal interpretación choca con el hecho de que el objetivo de este artículo parece ser justamente el de determinar con qué garantías una persona debe ser condenada. Siendo así, llegamos a las interpretaciones que o bien refieren este artículo a la imposición de las sanciones materialmente penales o que incluyen a todas las sanciones punitivas.

(23) La Constitución sólo ha establecido en su artículo 25.1 que las sanciones punitivas impuestas por poderes públicos deben estar previstas en «la legislación», debiéndose recurrir a otros artículos de ella, los artículos 53 y el 81, para determinar el tipo de ley en que deben regularse las distintas sanciones punitivas. Tampoco determina la Constitución la posibilidad y los límites de que las leyes contengan remisiones a normas que, por sí mismas, carecen de competencia para establecer sanciones.

(24) Así se demuestra en una de las primeras sentencias del TC (STC 18/1981, FJ 2.º), donde se dice: «(...) un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25/3, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito, falta o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas» (la cursiva es añadida).

las sanciones, de cara a la atribución de garantías, el Tribunal usa como criterio prioritario, aunque no exclusivo, el del órgano que las impone.

En la exposición que prosigue respetaré el criterio clasificatorio utilizado por el TC, examinando, en primer lugar, aquellas garantías que el TC establece como comunes a ambos tipos de sanciones para, a continuación, referirme a aquellas garantías con distinto contenido para sanciones formalmente penales y para sanciones administrativas. Será en el momento de la valoración cuando proceda a analizar tanto el criterio clasificatorio como los resultados a los que llega el TC a partir de él.

La jurisprudencia del TC puede sintetizarse, aunque con los matices señalados a continuación, en estos dos puntos: *a)* garantías reconocidas como comunes a las sanciones formalmente penales y administrativas: legalidad material, culpabilidad; *b)* garantías cuyo reconocimiento es mayor en las sanciones formalmente penales que en las sanciones administrativas: legalidad formal y jurisdiccionalidad (25).

Entre aquellas garantías que el Tribunal ha reconocido por igual a sanciones formalmente penales que a sanciones administrativas se encuentra, en primer lugar, la legalidad material. A efectos conceptuales, conviene distinguir entre dos niveles de tal garantía, un nivel amplio (que incluye la prohibición de castigar a un individuo por comportamientos no sancionados por el ordenamiento o con sanciones no previstas por él, la prohibición de irretroactividad de las normas desfavorables y la prohibición de analogía) y un nivel estricto (que se identifica con la obligación de taxatividad tanto en lo que

(25) Las tres garantías restantes, ofensividad, proporcionalidad y humanidad, se encuentran en situación singular.

Sobre la garantía de ofensividad, el TC ha establecido que tanto las sanciones formalmente penales como las administrativas deben encontrar justificación en la protección de algún bien o interés de relevancia constitucional (STC 62/1982, FJ 3 y 5; STC 105/1988, FJ 5; STC 127/1990, FJ 6), lo cual, en la medida en que los bienes o intereses protegidos por la Constitución sean bienes generales, supondrá exigir una mínima ofensividad del comportamiento sancionado. Pero el TC no se ha pronunciado sobre si, más allá de este grado mínimo, las diversas sanciones exigen idénticas o distintas garantías de ofensividad (peligro abstracto, concreto, lesión).

Acerca de la garantía de proporcionalidad, el TC ha establecido el carácter constitucional de tal principio, vinculándolo al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, pero, hasta el momento, no ha concretado suficientemente su alcance (STC 65/1986, FJ 3 y 5; STC 98/1989, FJ 13; STC 154/1990, FJ 3).

Resulta poco dudoso, por último, que la garantía de humanidad ha sido formulada por la Constitución como un límite de severidad a las sanciones (y a otros instrumentos coactivos), por lo cual las sentencias del TC no distinguen entre diversas clases de sanciones de cara a la aplicación de tal garantía. Entre las sentencias que han tomado en consideración tal garantía destacan: STC 2/1987, FJ 2, en la que el TC considera que la sanción administrativa de aislamiento en celda no supone trato inhumano o degradante, y la STC 89/1987, FJ 2, en que considera que la privación de visitas íntimas a reclusos destinados a regímenes cerrados tampoco incumple este derecho constitucional.

hace a la delimitación de los comportamientos sancionados como a las sanciones correspondientes). Mientras que en el nivel amplio la jurisprudencia ha reconocido tales principios sin excepción de ninguna clase (26), en el nivel estricto el reconocimiento es, cuanto menos, de menor intensidad, al considerarse compatible con el artículo 25.1 la inclusión de expresiones de carácter valorativo en el presupuesto de hecho de las normas sancionadoras (27).

En cuanto a la culpabilidad, el TC ha reconocido diversos niveles de tal garantía con carácter común para sanciones formalmente penales y administrativas, con excepción de las sanciones administrativas a imponer a personas jurídicas en que se admite un menor nivel de garantías. Tomando como fundamento los artículos 9.3 (en cuanto garantiza la seguridad jurídica) y 25.1 de la Constitución, el TC establece que la culpabilidad configura una garantía constitucional en lo concerniente a la exigencia de responsabilidad personal (esto es, que nadie sea sancionado por hecho ajeno), la exigencia de actuación dolosa o imprudente y la relevancia del error de derecho (28).

(26) Por lo que hace a la prohibición de sancionar comportamientos no previstos como infracción en la ley o de imponer sanciones no previstas, cfr. STC 61/1990, FJ 9; STC 182/1990, FJ 3, y STC 207/1990, FJ 3. Sobre la prohibición de irretroactividad: STC 8/1981, FJ 3; STC 15/1981 (sentencias que extienden la garantía a la obligación de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables); STC 95/1992, FJ 3. Por lo que se refiere a la prohibición de aplicación analógica de las normas sancionatorias, cfr. STC 75/1984. La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP), se adapta a tales garantías constitucionales: artículo 129.1 y 2 (legalidad en sentido amplio), artículo 128.1 y 2 (irretroactividad de las normas sancionatorias desfavorables y retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables) y artículo 129.4 (prohibición de aplicación analógica de las normas sancionatorias).

(27) Se advierte contradicción entre las declaraciones genéricas del Tribunal Constitucional y su aplicación en casos concretos. Las declaraciones genéricas asumen en su nivel más elevado este principio, como muestra la siguiente afirmación, reiterada en todas las sentencias ulteriores sobre la misma materia, contenida en la STC 42/1987, FJ 1, relativa a que el artículo 25.1 de la Constitución contiene una exigencia material y de carácter absoluto: «(...) tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos términos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de pre-determinación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes».

En cambio, en la aplicación a casos concretos de tal principio general el TC introduce importantes excepciones al considerar que los llamados conceptos jurídicos indeterminados no se oponen a la exigencia de taxatividad. A mi juicio (y de acuerdo a FERRAJOLI, 1989: 95-101), si estos conceptos jurídicos indeterminados consisten en expresiones de carácter valorativo (como es el caso de la STC 62/1982, FJ 7, en que se juzga si una norma, cuyo presupuesto incluye que el comportamiento del individuo sea contrario a las «buenas costumbres», es adecuada a la taxatividad) se produce una radical contradicción con el principio de taxatividad, ya que la norma remite a los juicios de valor del intérprete (otras sentencias que resultan censurables por idéntico motivo: STC 50/1983, FJ 2; STC 69/1989, FJ 1). En una reciente sentencia (STC 116/1993, FJ 3), no obstante, el Tribunal declara, por primera vez, una oposición de determinadas expresiones de carácter valorativo con el principio de taxatividad. Cfr. también, en el mismo sentido, STC 305/1993, FJ 5.

(28) En cuanto a la prohibición de responsabilidad por hecho ajeno, cfr. la STC 164/1994, FJ 4, en la que se declara inconstitucional el artículo 7.2 de la Ley 20/1989, de adaptación del IRPF, que establece la responsabilidad solidaria de los miembros de la uni-

Pero el TC ha considerado, por excepción, compatible con la Constitución que se imponga a las personas jurídicas sanciones administrativas de acuerdo a un sistema que se acerca a la responsabilidad objetiva (29).

Existe, como se decía, un segundo grupo de garantías que el TC establece con contenido distinto para las sanciones formalmente penales y para las sanciones administrativas, que son la legalidad en sentido formal y la jurisdiccionalidad.

La garantía de legalidad formal (o reserva de ley) hace referencia a dos cuestiones: la clase de norma en la que se deben regular las sanciones y los límites de que tal norma remita (en la determinación del supuesto de hecho) a normas que no pertenecen a la clase referida. En referencia a la primera cuestión el Tribunal, por excepción, no delimita el alcance de tal garantía en atención a qué órgano impone la sanción, sino en atención al tipo de bien constitucional afectado por la sanción (30). En referencia a la segunda, en cambio, el

dad familiar respecto de las sanciones impuestas a uno de ellos (ver también STC 131/1987, FJ 2). La prohibición de sancionar un comportamiento que no sea ni doloso ni imprudente ha sido establecida por la sentencia 76/1990, FJ 4, y en la misma sentencia y fundamento se establece que la falta de conocimiento (excepto si se trata de un desconocimiento vencible) por parte del individuo de que la clase de comportamiento que realiza está sancionado debe excluir la sanción.

(29) En la STC 246/1991, FJ 2, se afronta por primera vez la cuestión de si la responsabilidad de las personas jurídicas frente a la imposición de sanciones administrativas debe estar sometida a las garantías de culpabilidad y, en concreto, a la responsabilidad penal personal y a la exigencia de comportamiento doloso o imprudente, llegándose a la conclusión, a mi juicio, de que tales garantías no son, en tal caso, exigibles. Ello es así porque en tal sentencia se considera conforme a la Constitución la imposición de una sanción administrativa al Banco Bilbao-Vizcaya por la falta de accionamiento de las alarmas y de la apertura retardada de la caja en un caso de atraco a una sucursal, admitiendo que quienes tenían que cumplir tales cometidos eran los empleados de la sucursal y no exigiendo establecer la persona en concreto que había realizado tal omisión en forma dolosa o imprudente. Cfr. el comentario de LOZANO (1992: 224 y 228) a esta sentencia y el análisis de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las personas jurídicas de NIETO (1993: 305-316).

En el artículo 130.1 de la LAP (L. 30/1992) se establece que «sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia». La terminología de este artículo es imprecisa, pues no queda claro si se está refiriendo a la cuestión de la responsabilidad por omisión, sin que ello afecte a la cuestión del dolo o la imprudencia, o, en cambio, está admitiendo la responsabilidad objetiva. En este segundo caso, parece que la única interpretación de este artículo que respetaría la jurisprudencia constitucional sería considerar que la «simple inobservancia» está referida exclusivamente a las personas jurídicas. Sobre los problemas de interpretación de este artículo, cfr. NIETO (1993: 340-344).

(30) A partir de la STC 140/1986, el Tribunal establece que las normas que asocian a determinados comportamientos sanciones que priven de derechos fundamentales (como las sanciones privativas de libertad) deben tener carácter de ley orgánica. El razonamiento del Tribunal para llegar a tal conclusión parte de que tales normas suponen un desarrollo de derechos fundamentales, pues fijan las condiciones que permiten su privación, que, en base al artículo 81.1 de la Constitución, hace exigible tal clase de norma. De acuerdo a la misma sentencia, las multas formalmente penales, al no afectar a derechos fundamentales, requieren sólo ley ordinaria.

Tribunal atribuye garantías en base a la clasificación de las sanciones por el órgano y llega a la conclusión expuesta a continuación.

Las sanciones formalmente penales están expuestas a una garantía de reserva de ley más exigente que las sanciones administrativas. En el primer caso, las remisiones sólo son posibles mediante la técnica de las leyes penales en blanco y siempre que la norma remitente determine el núcleo de la infracción (31). En el segundo caso, son admisibles remisiones en que la norma destinataria de la remisión regula completamente el supuesto de hecho y la sanción siempre que tal regulación encuentre base suficiente en la norma de remisión (32).

Es en el plano de la jurisdiccionalidad donde el TC ha establecido las diferencias más importantes, por lo que concierne al objeto de nuestra discusión, entre las sanciones formalmente penales y las sanciones administrativas. Mientras que las primeras están sometidas al conjunto de garantías de jurisdiccionalidad —tanto en el nivel

(31) El TC ha establecido que la validez constitucional de las leyes penales en blanco —normas cuyo presupuesto de hecho se completa con otras normas que de por sí no cumplen los requisitos constitucionales para establecer sanciones formalmente penales— está sometida a tres requisitos (cfr. STC 127/1990, FJ 3; STC 118/1992, FJ 2 y 3): *a)* que el reenvío normativo sea expreso; *b)* que el reenvío esté justificado por razón del bien jurídico protegido (que la protección del bien requiera de esta colaboración normativa), y *c)* que la norma remitente contenga el núcleo de la prohibición. En relación al problema análogo relativo a la definición de expresiones que aparecen en los presupuestos de hecho de una norma penal por otra norma (que carece de los requisitos constitucionales exigidos para establecer sanciones formalmente penales), el TC parece (si interpreto bien la STC 119/1992, FJ 2) considerar inconstitucional esta técnica si mediante ella se procede a ampliar el ámbito de comportamientos punibles.

(32) De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, por vía reglamentaria pueden establecerse infracciones y sanciones administrativas siempre que ellas encuentren suficiente cobertura en una norma de rango legal. El TC justifica con diversas razones la capacidad de los reglamentos para el establecimiento de sanciones administrativas (sobre ello, cfr. NIETO, 1993: 229-230), entre las que sobresalen consideraciones de oportunidad, relativas a la inconveniencia de exigir a los órganos parlamentarios una regulación casuística de las infracciones, así como la necesidad de adaptación de tal normativa a los cambios que se produzcan (cfr. principalmente STC 42/1987, FJ 2; STC 101/1988, FJ 3; STC 29/1989, FJ 3; STC 341/1993, FJ 10). El artículo 129.3 de la LAP ha dado forma legal al criterio de reserva relativa de ley para el establecimiento de sanciones administrativas: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.»

En el ámbito de las relaciones de sujeción especial ha existido una corriente jurisprudencial que ha considerado conforme a la Constitución aquellas remisiones que suponen una deslegalización (cfr. principalmente STC 2/1987, FJ 2; STC 219/1989, FJ 3). Otra línea jurisprudencial, en cambio, no establece diferencias, en el plano de la reserva de ley, entre las normas que regulan relaciones de sujeción especial y general (cfr. STC 61/1990, FJ 8, y STC 93/1992, FJ 8 y 9).

NIETO concluye su análisis sobre esta cuestión afirmando que no existe una posición clara del TC acerca del alcance de la reserva de ley para el establecimiento de sanciones administrativas (NIETO, 1993: 230).

orgánico como en el procedimental— previstas en el artículo 24 de la Constitución, las citadas garantías son de aplicación parcial a las sanciones administrativas.

El TC parte de que las garantías del artículo 24 son de aplicación a las sanciones administrativas en la medida en que sean compatibles con el procedimiento administrativo (STC 29/1989, FJ 6). De tal compatibilización el TC deriva principalmente las siguientes garantías constitucionales para las sanciones administrativas: *a)* derecho a ser informado del ilícito imputado (33); *b)* derecho a contestar la imputación y a proponer pruebas de descargo, las cuales deberán ser tomadas en consideración, de ser pertinentes, por el órgano sancionador (34); *c)* derecho a tener asistencia letrada para proceder a contestar la infracción imputada (35); *d)* derecho a no ser sancionado por ilícito y con sanción distintas a las imputadas y que se ha tenido el derecho a contestar (36); *e)* derecho a no ser sancionado si no exis-

(33) Se trata del derecho, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, a ser informado de la acusación, lo cual requiere que la Administración notifique a la persona un pliego de cargos que (como dice la STC 297/1993, FJ 4) «(...) habrá de contener todos los datos necesarios para permitir (...) un exacto conocimiento de los hechos imputados(...)». Cfr. también STC 29/1989, FJ 6.

(34) Dice en tal sentido la STC 18/1981:

«(...) los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución» (FJ 2). «(...) tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa propia a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. *Por el contrario, las garantías del orden constitucional exigen que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que en derecho convenga*» (FJ 3, la cursiva es añadida).

Cfr. también STC 22/1990, FJ 5.

(35) V. en tal sentido la importante sentencia 74/1985, FJ 4, en la cual se establece el derecho del recluso en instituciones penitenciarias a contestar la acusación imputada con asesoramiento de abogado de su elección. En esta sentencia se fijan las diferencias entre el derecho a la asistencia letrada, común a las sanciones penales y a las administrativas, con el derecho a la presencia del letrado en todos los niveles del proceso y, en particular, en la contestación oral de la acusación, que el TC considera exclusivo de las sanciones formalmente penales. Cfr. también la STC 229/1993, FJ 2, que establece que el derecho a asistencia letrada gratuita en caso de necesidad es exclusivo de los procesos judiciales, y STC 161/1993, FJ 4.

(36) Cfr. principalmente STC 29/1989, FJ 6, donde se establece que el individuo debe ser informado tanto de los hechos imputados como de las calificaciones jurídicas que corresponden, al objeto de que pueda ejercitar en su integridad su derecho de defensa. Cfr. también STC 145/1993, FJ 3, que no parece ser tan exigente en lo referente a la información sobre las calificaciones jurídicas.

te una actividad probatoria por parte de la Administración (37); f) derecho a que ninguna sanción sea ejecutada sin que un tribunal pueda decidir, por vía de recurso, sobre la suspensión (38); g) derecho a la tutela judicial que supone la inexistencia de trabas para recurrir judicialmente las sanciones administrativas impuestas (39).

Siendo las anteriores las principales garantías de jurisdiccionalidad para imponer sanciones administrativas, las diferencias más importantes respecto de las garantías que, en aplicación del artículo 24 de la Constitución, exige el TC para la imposición de sanciones formalmente penales son las siguientes. En el nivel orgánico, el TC no exige que quien imponga sanciones administrativas se encuentre en la misma situación de imparcialidad que quien deba imponer sanciones formalmente penales (40). En el nivel procedimental, mientras que las sanciones formalmente penales exigen que las pruebas en las que se basa la imposición de la sanción sean obtenidas con todas las garantías del juicio contradictorio, esto es, planteadas en el juicio en régimen de inmediatez y con la posibilidad de ser refutadas por la defensa, las pruebas que fundamentan la imposición de sanciones administrativas no necesitan obtenerse en régi-

(37) La imposición de la sanción requiere de una prueba de cargo por parte de la Administración de los hechos imputados. Cfr. en tal sentido STC 77/1983, FJ 1; STC 219/1988, FJ 3, y STC 212/1990, FJ 3.

(38) Cfr. principalmente la STC 66/1984, en que el Tribunal se plantea la constitucionalidad de la ejecutividad de las sanciones administrativas una vez que son firmes en vía administrativa. Su solución, fundamentada en una ponderación de los dos bienes en conflicto, el derecho del individuo a la tutela judicial efectiva y los intereses generales que pueden exigir la ejecución, es la siguiente:

«El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (FJ 3).

En idéntico sentido, cfr. STC 115/1987, FJ 4, relativa a las sanciones establecidas en la Ley de Extranjería. Sobre el problema de la ejecutividad de las sanciones administrativas, cfr. TORÑOS (1986: 905-926) y LÓPEZ RAMÓN (1988: 57-80).

(39) V. en tal sentido la STC 80/1983, FJ 1, relativa al sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial.

(40) Cfr. STC 74/1985, FJ 2, en la que se establece que las exigencias de imparcialidad que se requieren para imponer sanciones administrativas (en el caso juzgado, sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario) son menores que las exigibles para imponer sanciones formalmente penales. En el mismo sentido, en la STC 76/1990, FJ 8, se establece que tampoco la garantía de separación entre el órgano instructor y el de resolución, que es exigible a las sanciones formalmente penales, se requiere para las sanciones administrativas. Todo ello no quiere decir que el órgano que impone sanciones administrativas no esté sometido a exigencias de imparcialidad, de ahí que deba existir posibilidad de recusación, sino que ellas son menores a las del órgano que impone sanciones formalmente penales (cfr. en tal sentido ATC 249/1992). En el plano legal, el artículo 134.2 de la LAP establece que deben atribuirse a distintos órganos la fase instructora y la sancionadora (pero hay que tener en cuenta que esta ley es exclusivamente subsidiaria en materia tributaria y social y no es de aplicación a la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas).

men de juicio contradictorio (41), considerando el Tribunal conforme a la Constitución que determinadas actuaciones de verificación de infracción por parte de la Administración gocen de presunción de legalidad y puedan servir, en su caso, para romper la presunción de inocencia de la persona sometida a expediente administrativo (42).

b2) Valoración.

La jurisprudencia constitucional sobre el tema de las garantías de las sanciones punitivas resulta asentada en dos pilares: la clasificación de las sanciones en atención al órgano que las impone y la atribución de mayores garantías a las sanciones formalmente penales que a las sanciones administrativas. La valoración que, desde la tesis diferenciadora, merece la doctrina constitucional es la siguiente.

La posición del TC acerca de las sanciones formalmente penales es, con excepciones, de máximas garantías. En la medida en que la mayor parte de las sanciones formalmente penales lo son también materialmente, la citada doctrina constitucional resulta valorable positivamente (43). Pero de esta valoración positiva hay que excluir

(41) Mientras que la imposición de sanciones formalmente penales requiere (salvo el caso de la prueba preconstituída) que los actos de prueba se practiquen en el juicio oral bajo los principios de contradicción e inmediatez del órgano judicial decisor (cfr. STC 150/1989, FJ 2), la imposición de sanciones administrativas no está sometida a tales exigencias constitucionales: STC 212/1990, FJ 4 y 5 (con voto discrepante de GIMENO SENDRA), y ATC 204/1993.

(42) Como se establece en la STC 76/1990, FJ 8, en referencia a las sanciones tributarias, la actividad inspectora de la Administración, constatada en las actas y diligencias, referida a hechos comprobados directamente por el funcionario, tiene distinto valor en el procedimiento para imponer sanciones administrativas que para imponer sanciones formalmente penales. En relación a la imposición de sanciones administrativas tales actas y diligencias operan con presunción *iuris tantum* de legalidad y pueden servir, en su caso, de prueba fundamental para la imposición de la sanción. Si la sanción administrativa se impugna en vía judicial, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, tales actuaciones administrativas «(...) son susceptibles de valorarse como prueba (...), pudiendo servir para destruir la presunción de inocencia sin necesidad de reiterar la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo» (FJ 8). En cambio, en relación a la imposición de sanciones formalmente penales, las actas de la Administración tendrán el valor que el juez, con respeto a todos los principios de contradicción, les atribuya. Cfr. en semejante sentido ATC 7/1989, referido a las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cfr. también STC 341/1992, FJ 11, en que el Tribunal considera acorde a la Constitución el artículo 37 de la Ley 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, que atribuye presunción *iuris tantum* de legalidad a la información sobre la infracción aportada por el agente de la autoridad de cara a la imposición, en su caso, de la sanción administrativa. Se establece con carácter general esta presunción de legalidad de la declaración de infracción de la autoridad inspectora administrativa en el artículo 137.2 de la LAP.

(43) Si el TC hubiera seguido un criterio de atribución de garantías en atención a la severidad de las sanciones, se habría encontrado con la existencia en el Código penal de sanciones como las inhabilitaciones, las suspensiones y la multa, entre otras, en las que sería planteable, en principio, una reducción de garantías que, no obstante, resulta desaconsejable por los motivos siguientes.

dos cosas, en relación a las cuales, a mi juicio, la Constitución permite adoptar una posición más garantista. La primera, ya aludida, concierne a la garantía de taxatividad, que ha sido insuficientemente reconocida por el TC, al admitir la compatibilidad con el artículo 25.1 de la descripción de infracciones mediante expresiones de carácter valorativo. La segunda, aún no aludida, es de mayor importancia y hace referencia a la sanción cautelar de prisión preventiva. Cuando al Tribunal se le ha planteado la compatibilidad de la regulación legal de la prisión preventiva con la Constitución podía haber atribuido más importancia a los derechos constitucionales afectados por la prisión preventiva (entre los que destacan el derecho a la libertad y a la propia defensa), lo cual le habría llevado, por lo menos, a limitar las amplias posibilidades que ofrece la legislación vigente para decretar tal sanción (44).

La posición del TC acerca de las sanciones administrativas, basada en la moderación de garantías respecto de las formalmente penales, merece una valoración distinta según cuál sea la severidad de las sanciones a las que se refiere (45).

En referencia a las inhabilitaciones y suspensiones porque, al menos en aquellos casos que impiden el ejercicio de la profesión del condenado, son de gravedad intermedia y ya dijimos que aquí la reducción de garantías como forma de favorecer la sustitución de sanciones materialmente penales puede generar más costes (en términos de inseguridad) que beneficios.

Más compleja se plantea la situación en referencia a la sanción de multa cuya efectiva utilización como alternativa a las sanciones materialmente penales puede exigir la reducción de algunas garantías. El problema, en tal caso, se encuentra en que en el Código penal (arts. 90 y 91) la multa está sometida a una responsabilidad personal en caso de impago. De tal manera, la efectiva severidad de la sanción no podrá saberse hasta un momento posterior al de la imposición de la sanción, y ello dificulta una reducción de garantías para imponer tal sanción. (Pese a que el sistema de días-multa que, con excepciones, establece el CP de 1995 deberá reducir los casos de incumplimiento, la privación de libertad por tal motivo sigue estando prevista en el artículo 53.)

El Tribunal constitucional ha debido juzgar en dos ocasiones la compatibilidad de esta regulación con la Constitución y, principalmente, con el principio de igualdad, resolviendo afirmativamente en ambas ocasiones: STC 19/1988, FJ 6, y STC 230/1991, FJ 4 (en esta última se toma en consideración el problema de la conversión en atención a la prelación de pagos establecida en el artículo 111 CP (art. 126 CP de 1995), que puede llevar a decretar la conversión cuando el condenado hace efectiva una cantidad suficiente para el pago de la multa pero insuficiente para hacer frente a todas las responsabilidades derivadas de la infracción penal).

(44) Pese a las declaraciones acerca del carácter excepcional que debe tener la adopción de la prisión preventiva (cfr. STC 41/1982), el TC no ha declarado la inconstitucionalidad de una regulación que faculta para adoptar la prisión preventiva en supuestos ajenos a la garantía de las pruebas y de la presencia del imputado en el proceso. (Esta posición limitadora se acoge en la STC 128/1995, FJ 3, 4 y 5, en la cual, junto a otras importantísimas cuestiones, no se considera que la alarma social pueda integrar la fundamentación constitucional de la prisión preventiva.) Cfr., con una posición aún más garantista, las razonadas críticas a esta institución por parte de FERRAJOLI (1989: 566-570).

(45) Y con carácter general la jurisprudencia es susceptible de crítica por no haber asumido la garantía de legalidad material, con toda su intensidad, también en referencia a las sanciones administrativas.

En los casos en que la moderación de garantías se refiere a sanciones administrativas de severidad mínima (sanciones patrimoniales o afectantes a esferas secundarias de la libertad de actuación), la jurisprudencia constitucional merece una valoración positiva, al posibilitar que tales sanciones puedan configurarse como alternativa efectiva a las sanciones materialmente penales (46).

En cambio, esta posición del TC merece objeciones cuando se refiere a sanciones administrativas de notable gravedad, o bien materialmente penales o bien de gravedad intermedia. En tales casos la disminución de garantías puede causar más costes que beneficios. Me refiero a continuación a algunas clases de sanciones administrativas donde, a mi juicio, se manifiesta el inconveniente señalado.

Un primer caso se refiere a las sanciones de privación de libertad impuestas por la Administración militar. El TC ha considerado que las garantías constitucionales de tales sanciones son semejantes al resto de sanciones administrativas (47). En atención a la gravedad de tales sanciones y la inseguridad que genera, en un contexto en el que ya existe una reducida libertad de actuación, la posibilidad de sufrirlas, el Tribunal debería, a mi juicio, haber exigido mayores garantías de jurisdiccionalidad para la imposición de tales sanciones, tanto en lo que hace al nivel orgánico como al procedimental (48).

Un segundo caso, semejante al anterior, se refiere a las sanciones de aislamiento en celda, cuya competencia atribuye la legislación a la Administración penitenciaria. También aquí la gravedad de tales sanciones debería haber llevado, por lo menos, a que las sanciones

(46) Pese a que en la fundamentación que hace el Tribunal Constitucional de tal moderación de garantías no se alude explícitamente al principio de *última ratio*, sus argumentos parecen muy cercanos a él. Cfr. en tal sentido la fundamentación dada en la STC 77/1983, FJ 2, a la competencia sancionadora de la Administración, en donde, entre otras cosas, se alude a «(...) la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados (...)».

(47) Si bien en su sentencia 18/1981, FJ 10, el TC parecía afirmar que en los casos en que las sanciones disciplinarias fueran de privación de libertad deberían imponerse con todas las garantías del artículo 24.2 (lo que supondría asumir un criterio de atribución de garantías en atención al contenido de las sanciones), lo cierto es que en la delimitación de garantías el Tribunal no ha ido más allá de las que, con carácter general, establece para las sanciones administrativas (cfr. en tal sentido STC 22/1982, FJ 2; STC 44/1983, FJ 3, y el análisis de tal jurisprudencia de SANZ, 1985: 205-235). La legislación posterior a esta jurisprudencia sobre las sanciones disciplinarias militares (LO 12/1985, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, y LO 2/1989, procesal militar) establece unas garantías semejantes al resto de procedimientos administrativos sancionatorios. La posibilidad de que las garantías se obtengan en virtud de los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos viene impedida por la reserva que hace España de tales artículos en referencia al procedimiento disciplinario militar.

(48) Cfr. LÓPEZ RAMÓN (1987: 176-185), quien critica que el control de la actividad sancionadora de la Administración militar no se atribuya a los tribunales contencioso-administrativos y, a su vez, critica la exclusión de recurso judicial para sanciones leves.

se adoptaran con garantías plenas de defensa y en un procedimiento contradictorio (49). Tanto en este caso como en el anterior, las garantías habrían de servir para limitar los procesos autodestructivos que son frecuentes entre las personas sometidas a mayores privaciones.

Un último caso que considero de especial relevancia se refiere a las sanciones administrativas de expulsión previstas por la Ley de Extranjería. La gravedad de estas sanciones, especialmente para las personas arraigadas en España, cuya expulsión puede suponer un impedimento muy grande a los planes de vida del individuo, y la inseguridad que ellas generan, deberían exigir mayores garantías de jurisdiccionalidad en su imposición y, por lo menos, que tales sanciones no fuesen ejecutadas hasta adquirir firmeza en vía judicial (50).

En definitiva, en estos casos, y seguramente en algunos otros (51), si el Tribunal se hubiera guiado por la posición diferenciadora, debería haber establecido, en la medida de lo posible de acuerdo a la Constitución, un nivel de garantías cercano al que establece para las sanciones formalmente penales.

c) *Exposición y valoración de la jurisprudencia constitucional relativa a los supuestos de duplicidad de sanciones en relación a un mismo comportamiento.*

c1) *Exposición.*

El legislador español, haciendo gala de escasa racionalidad, procede con gran frecuencia a tutelar un determinado bien mediante sanciones formalmente penales sin tomar en consideración que tal bien puede ya estar protegido mediante sanciones administrativas. Ello origina multitud de comportamientos que realizan el supuesto de hecho de dos, o más, normas sancionadoras, una de carácter formalmente penal

(49) En la STC 2/1987, FJ 4, el TC discute si las sanciones de aislamiento en celda tienen naturaleza de privación de libertad y, en consecuencia, deben ser adoptadas por la autoridad judicial con las garantías del artículo 24, resolviendo en sentido negativo. Ya anteriormente, en la STC 74/1985, FJ 1, el TC establece que el carácter imparcial del órgano que impone la sanción no forma parte de las garantías constitucionalmente exigibles para las sanciones penitenciarias.

(50) Cfr. STC 115/1987, FJ 4. Hay que tomar en consideración que algunos de los supuestos de hecho de la sanción de expulsión están formulados con notable vaguedad —supuestos c) y f) del art. 26.1 de la LO 7/1985—, por lo que la inseguridad de sus destinatarios respecto de los comportamientos incluidos en ella es notable (no del todo alejada de los que establecía el art. 21 del D. 522/1974, que en la STC 116/1993 el Tribunal consideró que infringían la legalidad material establecida en el art. 25.1 de la Constitución).

(51) Uno de estos ámbitos en los que se plantean mayores garantías es el relativo a la imposición de sanciones de gravedad intermedia (como la separación del servicio) en el marco de la función pública. Sobre ello cfr. TRAYTER (1992: 294-295).

y otra de carácter administrativo. Aunque existen motivos suficientes para pensar que el legislador no pretende castigar por partida doble tales comportamientos, lo cierto es que se abstiene de dictar normas que permitan solucionar esta situación de duplicidad normativa.

El Tribunal Constitucional, a partir de sus primeras sentencias, quiso dar una solución a este problema mediante el principio de *non bis in idem*, principio que el TC consideró, en base a argumentos poco sólidos, derivado del de legalidad, que establece el artículo 25 de la Constitución (NIETO, 1993: 363). La legislación posterior (52) se ha adecuado, aunque con ciertas excepciones, a la jurisprudencia del TC, que se expone a continuación.

En su primera sentencia sobre la cuestión, el Tribunal define el principio de *non bis in idem* de la siguiente manera:

«El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración —relación de funcionario público, servicio público, concesionario, etc.— que justifique el ejercicio del *ius puniendi* de los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la administración» (STC 2/1981, FJ 4).

A continuación, y en atención a la jurisprudencia posterior del Tribunal, se analizan los problemas que suscita esta definición, tanto por lo que se refiere al supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica del citado principio.

El supuesto de hecho del principio requiere de tres requisitos: *a)* la existencia de una persona; *b)* que realiza un comportamiento; y *c)* que las dos (o más) normas en las que resulta subsumible el citado comportamiento tengan el mismo fundamento. Como han destacado diversos autores (cfr. NIETO, 1993: 350; REBOLLO, 1989: 833-834), esta definición resulta semejante a la que, en la dogmática penal, se denomina de concurso aparente de normas y su problema se da, principalmente, en saber cuándo las dos normas tienen el mismo fundamento (53). Sobre ello la jurisprudencia no ha sido demasiado explí-

(52) Hasta llegar a la nueva legislación administrativa: artículo 133 de la LAP y artículos 5 y 7 del RD 1398/1993, reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

(53) En relación al requisito del sujeto se plantea el problema de si está comprendido en la definición del principio el supuesto de una persona física que actúa en el marco de

cita, pero las indicaciones dadas parece que apuntan hacia que las dos normas protejan el mismo bien jurídico (54). No obstante, este criterio del bien jurídico deja pendientes aquellos casos en los que la identidad de bienes protegidos es sólo parcial, en los cuales el recurso a otros criterios parecerá necesario (55).

La consecuencia jurídica del principio de *non bis in idem* es, como su propio nombre indica, la exclusiva aplicación de una de las normas concurrentes. El problema está en determinar si la norma aplicable debe ser la de carácter formalmente penal o la administrativa. La solución del TC consiste en dar preferencia a la norma, y en consecuencia a la sanción, formalmente penal. Esta preferencia por la vía formalmente penal se articula mediante el siguiente mecanismo: a) cuando la Administración entre en conocimiento de un hecho que constituya tanto una infracción administrativa como una infracción formalmente penal deberá abstenerse de actuar, comunicando la infracción a la autoridad judicial; b) una vez finalizado el procedimiento penal, y en caso de que no exista sentencia condenatoria, podrá intervenir mediante procedimiento administrativo; c) en el procedimiento sancionador administrativo se deberá respetar la declaración de hechos probados (positivos y negativos) realizada por el tribunal penal (56).

una persona jurídica o si aquí nos encontramos ante pluralidad de personas que impide hablar de identidad de sujeto (en defensa de esta última solución, considerando que no vulnera el principio de *non bis in idem* la imposición por un mismo hecho de una sanción formalmente penal a la persona física, en virtud del art. 15 bis del CP (art. 31 CP 1995), y de una sanción administrativa a la persona jurídica: PLANAS, 1988: 114-115, y DEL REY, 1990: 133-134 y 254-255). Esta es también la posición del Tribunal (ATC 355/1991, FJ 5). A mi juicio, en cambio, se da la identidad de sujeto, ya que la persona jurídica sólo puede actuar mediante personas físicas, y la cuestión de si debe imponerse o no la doble sanción depende de la identidad de fundamento.

(54) Cfr. principalmente STC 234/1991, FJ 2, en donde se afirma: «Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esta protección.» Esta sentencia es importante, además, porque deja claro que la existencia de una relación de sujeción especial no es motivo suficiente para la doble sanción sino que, en todo caso, se requiere el doble fundamento, mientras que hasta entonces la jurisprudencia parecía considerar que la existencia de relación de sujeción especial, por sí sola, hacía constitucional la doble sanción por un mismo hecho (cfr. en tal sentido: STC 150/1983; ATC 150/1984; ATC 721/1984).

(55) Me refiero a aquellos casos en los que entre el presupuesto de hecho de las dos normas (formalmente penal y administrativa) se dé una situación de interferencia (existencia de casos subsumibles sólo en la norma penal, existencia de casos subsumibles sólo en la norma administrativa y existencia de casos subsumibles en ambas normas) y en los cuales parecerá necesario recurrir a criterios valorativos, como el de la efectividad (es decir, si se requiere la aplicación de una o dos normas para conseguir la función de prevención).

(56) La elaboración de esta solución se debe, principalmente, a las siguientes sentencias resoluciones: STC 77/1983, FJ 3 y 4; STC 107/1989, FJ 4; ATC 25/1993. La sentencia 77/1983 parecía decir que el procedimiento administrativo estaba vinculado no sólo por los hechos probados, sino por todo el planteamiento fáctico del tribunal penal (incluyendo

c2) *Valoración.*

La solución que da el TC a los supuestos de duplicidad de tutela, basada en la preferencia por la vía formalmente penal, suscita, desde la posición diferenciadora sostenida en este trabajo, las tres objeciones siguientes.

En primer lugar, en aquellos casos en que las sanciones administrativas, aun perteneciendo a la clase de las de gravedad mínima, son de mayor gravedad que las sanciones formalmente penales, la preferencia por la vía formalmente penal puede suponer, atendiendo a la mayor certeza del procedimiento administrativo, una disminución no justificada de la función preventiva (MESTRE, 1988: 526-527; REBOLLO, 1989: 854-855; NIETO, 1993: 373).

En segundo lugar, en aquellos casos en que la vía penal se plasma en sanciones de contenido material penal y la vía administrativa en sanciones de severidad mínima, la preferencia por la vía formalmente penal supone una opción criticable desde el principio de *última ratio*, en el supuesto de que la mayor certeza de las sanciones administrativas esté en condiciones de compensar, de cara a la prevención, la mayor severidad de las sanciones, formal y materialmente, penales.

En tercer lugar, la prohibición que establece el Tribunal Constitucional de que los órganos de la Administración actúen en los supuestos en que el hecho investigado sea constitutivo de ilícito formalmente penal, limitándose a comunicar la infracción a la autoridad judicial, puede comportar una desmotivación de la autoridad administrativa en el desarrollo de sus funciones de inspección y control que tiene encomendadas, con el consiguiente deterioro de la función preventiva (57).

Pese a que las tres razones expuestas son, a mi juicio, de suficiente envergadura para solicitar alguna modificación de la jurisprudencia jurisprudencial, hay que reconocer la dificultad de articular una solución alternativa. En la doctrina se han planteado algunas alternativas: la solución adoptada por el legislador italiano, consistente en atribuir la preferencia a la norma que regula con mayor especifi-

los hechos no probados). Esto fue rectificado, en el sentido expuesto, por las resoluciones posteriores (cfr. la crítica a la primera posición del TC de REBOLLO, 1989: 819, n. 551).

(57) alguna reciente normativa sancionadora de carácter administrativo establece, con cierto incumplimiento de la jurisprudencia constitucional, que cuando el hecho sea constitutivo de infracción formalmente penal no deberá interrumpirse la tramitación del expediente sancionador, sino exclusivamente el dictado de la resolución (en tal sentido, art. 32 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana). Sobre este problema, cfr. NIETO (1993: 391-392).

cidad el caso (REBOLLO, 1989: 824), la formulación de la regla del *non bis in idem* sin determinación de la preferencia por la vía formalmente penal, lo cual llevaría a dar preferencia al órgano que se pronunciara con anterioridad (NIETO, 1993: 392) (58). Junto a ellas hay que considerar, además, la relativa a atribuir la preferencia a la vía administrativa, que es la solución que lleva a resultados más adecuados al principio de *última ratio* (59).

No obstante, ninguna de las tres soluciones alternativas está exenta de problemas. La primera (basada en el principio de especialidad) deja sin dar respuesta a todos aquellos supuestos en que la relación entre las normas no responda a una relación lógica de subordinación. La segunda (competencia del órgano que interviene en primer lugar) supone una innecesaria duplicación de esfuerzos para un mismo fin, y la última (preferencia de la vía administrativa), aun siendo a mi parecer la preferible, puede comportar disminución de protección, en aquellos casos en que la Administración no dispone en medida suficiente de órganos de inspección y, a su vez, como hemos visto, no siempre es la vía que procede a tutelar los bienes con costes menores.

Por tales razones se impone que el legislador asuma una decisión sobre el tipo de sanciones y garantías con las cuales proteger los bienes. Es por ello que, a continuación, se hacen propuestas en relación a tal decisión en referencia a uno de los ámbitos, el de los bienes colectivos, en que la duplicación de tutela es la regla.

4.2. *Mecanismos de tutela de bienes colectivos*

Entiendo por bien colectivo aquel estado de cosas en el que, en un determinado ámbito, se limitan las situaciones de riesgo para los bienes individuales. En tal sentido se habla de bienes como la seguri-

(58) De alguna manera, como explica NIETO, el artículo 133 de la LAP permite que la preferencia la tenga la sanción administrativa si es dictada en primer lugar. Este artículo establece que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento» (NIETO, 1994: 424).

(59) Por excepción, el Tribunal (STC 38/1988, FJ 3) ha considerado en relación a determinadas conductas de procuradores y abogados que intervengan en juicios, que resulten subsumibles en normas previstas del Código penal y en los artículos 448 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la preferencia la tiene esta última vía. Pese a que en este caso la concurrencia se produce entre normas que establecen sanciones impuestas por órganos judiciales, resulta evidente que el TC se decide por la vía que impone sanciones menos garantistas pero, a su vez, menos graves. En la medida en que el TC arguye como fundamento el propósito despenalizador de la LOPJ, esta sentencia puede servir como precedente para plantear, en algún caso, la preferencia de las sanciones administrativas frente a las formalmente penales.

dad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, la tutela de los consumidores, la Hacienda pública y otros (60).

El legislador español ha solido proceder a tutelar por partida doble tales bienes, mediante sanciones administrativas y mediante sanciones formalmente penales. La tutela mediante sanciones administrativas se explica históricamente por la asunción por parte del Estado, y en particular de la Administración, de una función de protección de los individuos frente a los riesgos que genera una moderna sociedad industrial y de servicios. Desde tal punto de vista, las sanciones administrativas son un complemento de una tutela que se ejercita preferentemente por vías no coactivas (NIETO, 1993: 27). La tutela mediante sanciones formalmente penales responde, seguramente, a la voluntad del legislador de incrementar la tutela de tales bienes, por considerar insuficiente la tutela mediante sanciones administrativas. De tal manera, y como resultado, nos encontramos ante duplicaciones de tutela en relación a la mayor parte de bienes colectivos, destacando entre ellos la seguridad en el tráfico (61), la seguridad en el trabajo (62), la calidad del consumo (63), el medio ambiente (64) y la Hacienda pública (65).

Anteriormente ya hemos visto que la solución a la que lleva la jurisprudencia constitucional, la preferencia por la vía penal, puede estar contraindicada en muchos casos en que las sanciones administrativas podrían conseguir una efectividad semejante que las sanciones formalmente penales a un coste inferior.

(60) Así, por ejemplo, se dice que la seguridad en el tráfico es un bien colectivo en cuanto consiste en una situación en la que se limitan las situaciones que se vinculan (con determinada probabilidad) a la producción de daños a la vida y a la integridad física de las personas en el ámbito de la circulación. En tal sentido puede decirse que existen diversas formas de proteger tal bien: persuadir a los ciudadanos del respeto a las normas de tráfico, establecer una señalización adecuada a la evitación de riesgos, establecer vías de comunicación seguras y, también, sancionar a las personas que asumen riesgos para los bienes (como es, por ejemplo, conducir bajo la influencia del alcohol).

(61) Este bien se encuentra protegido en la vía formalmente penal mediante los delitos de peligro —arts. 340 bis a bis d) del CP (arts. 379 a 385 CP de 1995)— y mediante los delitos imprudentes. En cuanto a la vía administrativa, la protección se produce mediante la Ley de Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990.

(62) Protegida por la vía formalmente penal mediante el artículo 348 bis a) (art. 316 CP de 1995) y mediante los delitos imprudentes. En cuanto a la protección administrativa, se encuentra en la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

(63) Bien protegido por la vía formalmente penal mediante el artículo 346 (arts. 363 a 367 CP de 1995) y los delitos imprudentes y, en cuanto a la vía administrativa, principalmente a través de las sanciones previstas en la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

(64) Protegido en la vía formalmente penal mediante el artículo 347 bis del CP (arts. 325 a 340 CP de 1995) y en la vía administrativa por multitud de normas sectoriales.

(65) Bien protegido en la vía formalmente penal mediante los artículos 349 y 350 del CP (arts. 305 a 306 CP de 1995) y por la vía administrativa mediante las sanciones establecidas en la Ley General Tributaria y otras normas complementarias.

A continuación se procede a analizar si en el campo de los bienes colectivos señalados se cumplen las condiciones necesarias para que el legislador pueda proceder a eliminar la tutela formalmente penal.

De acuerdo a la tesis diferenciadora sostenida en este trabajo, para que sanciones punitivas de gravedad mínima, como son principalmente las previstas en la legislación administrativa referida, puedan conseguir un grado de tutela de los bienes semejante al que se obtendría con sanciones materialmente penales, como son la mayoría de las previstas en las normas penales que tutelan tales bienes, deben cumplirse los siguientes requisitos: *a)* que los potenciales infractores dispongan de bienes patrimoniales o de esferas secundarias de la libertad de actuación con cuya privación ser sancionados; *b)* que el daño de las sanciones supere claramente el beneficio de los comportamientos infractores, y *c)* que se alcance un grado suficiente de certeza de la sanción, que compense, de cara a la prevención, su escasa severidad. Conviene examinar a continuación si la tutela mediante sanciones administrativas de bienes colectivos satisface tales requisitos.

El primero de los requisitos —la disposición de un bien de entidad inferior con el cual sancionar a los potenciales infractores— exige un análisis de las características comunes de los potenciales infractores, el cual lleva, según creo, a resultados positivos. Así, por poner algún ejemplo, las personas que realizan comportamientos de riesgo en la carretera suelen dar importancia a la libertad de conducir vehículos de motor; las personas que tienen comportamientos de defraudación en relación a la Hacienda pública disponen, dada su condición de contribuyentes, de bienes patrimoniales con los cuales ser sancionados. Algo semejante puede decirse de las empresas que colocan productos adulterados en el mercado o de los empleadores que no garantizan la seguridad de sus trabajadores.

El cumplimiento del segundo requisito —que el daño de la sanción supere claramente el beneficio de la infracción— requiere exclusivamente que el legislador tenga capacidad de determinar los beneficios para el potencial infractor de realizar una conducta sancionada. Normalmente, las sanciones de entidad menor tendrán capacidad para superar el beneficio que se obtiene mediante las conductas de riesgo. Una vez superado tal beneficio, el criterio de determinación de las sanciones deberá ser el de la gravedad del riesgo (66).

Para que, entrando ya en el tercer requisito, sanciones de gravedad mínima puedan alcanzar efectos preventivos semejantes a los

(66) Correctamente, el artículo 130.2 de la LAP establece que «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

que pueden obtener las sanciones materialmente penales se requieren, según dijimos, dos condiciones, relativas al ejercicio de las funciones de control y a las garantías de las sanciones.

La certeza de las sanciones depende, en primer lugar, de la existencia de un cuerpo técnico especializado destinado a la inspección y represión de las infracciones, con capacidad para desarrollar su función y sin condicionamientos de tipo político que puedan menguar el desarrollo de su función. Existen ámbitos donde tales cuerpos existen y funcionan razonablemente, como en el fiscal, en el laboral y en el de seguridad vial. En los demás no parece que se den, por el momento, las condiciones para dejar a las sanciones administrativas como único instrumento de tutela. En todo caso, además, antes de proceder a ello, se debería garantizar en mayor medida la desvinculación política de los órganos administrativos de inspección y represión (cfr. BERCOVITZ, 1986: 46-50).

En segundo lugar, la capacidad de que sanciones de gravedad menor puedan alcanzar un efecto preventivo semejante al que se obtendría mediante sanciones materialmente penales depende de que se moderen, principalmente, dos garantías: la de ofensividad, para permitir que puedan sancionarse comportamientos de peligro abstracto para los bienes, evitando de tal manera que los individuos actúen bajo la probabilidad de que la lesión no se produzca, y la garantía de jurisdiccionalidad, permitiendo un procedimiento rápido en que la actividad inspectora de la Administración pueda tener presunción de certeza y estableciendo mecanismos efectivos de ejecución de las sanciones. Como se ha visto, atendiendo a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional, no existe ningún obstáculo jurídico a que tal requisito sea satisfecho por la legislación.

De todo lo anterior cabe deducir que el principal problema para que sanciones administrativas de gravedad mínima puedan operar como exclusivo mecanismo de tutela coactivo de los bienes colectivos radica en que en determinados casos no existen los medios (de inspección y represión) adecuados para que la tarea ejercitada sea, en efecto, una tarea de tutela, y no un ejercicio de arbitrariedad (NIETO, 1993: 31). En los supuestos en que se cumplen las condiciones para que las sanciones administrativas operen como único mecanismo coactivo de tutela, la reforma legislativa habría de consistir en eliminar los delitos correspondientes de riesgo y en establecer específicas normas concursales para los supuestos de concurrencia entre normas que tipifican delitos imprudentes y normas que establecen sanciones administrativas, en favor de estas últimas.

El principio inspirador de esta política legislativa debería ser, aunque con nuevos contenidos, el que defendió la ilustración penal:

el mejor sistema coactivo de tutela no es el que se lleva a cabo con sanciones severas pero arbitrarias, sino con sanciones leves pero certeras.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo, relativo a la relación entre las garantías y las sanciones, se han defendido las siguientes ideas.

En primer lugar, se ha criticado el planteamiento tradicional, dominante en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia constitucional, el cual, de cara a la atribución de garantías, clasifica a las sanciones en función del órgano que las impone. Frente a este criterio clasificatorio, que no considero fundamentado, se ha defendido un criterio clasificatorio basado en la distinta severidad de las sanciones.

En segundo lugar, se ha procedido a mostrar la incoherencia de la posición doctrinal que defiende que todas las sanciones deben imponerse con el conjunto de garantías proclamadas por los autores de la ilustración con el principio, generalmente aclamado, de *última ratio*. Si bien existen poderosas razones para defender un sistema de máximas garantías para la imposición de sanciones materialmente penales, existen también razones muy importantes, relativas a la limitación al máximo posible de estas sanciones, para que las sanciones de severidad mínima puedan ser impuestas con menores garantías.

En tercer lugar, se ha examinado la jurisprudencia constitucional sobre las garantías de las sanciones, con el fin de determinar en qué medida el Tribunal acoge la tesis diferenciadora defendida, observando puntos de concordancia y también de discrepancia. En especial, esta discrepancia se produce en la concepción del Tribunal acerca del principio de *non bis in idem*.

Por último, se ha examinado la posibilidad que, en base al principio de *última ratio*, la tutela coactiva de bienes de carácter colectivo pueda realizarse exclusivamente mediante sanciones administrativas de gravedad mínima, llegándose a la conclusión que ello es posible en determinados casos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, y MENDOZA BUENO, Blanca (1983): *Hacia una ley de contravenciones: el modelo portugués*, en «Anuario de derecho penal y ciencias penales», XXXVI/2: 567-590.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (1986): «La protección de los consumidores en el derecho español», en A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 44-74.
- BRICOLA, Franco (1973): voz «Teoria generale del reato», en *Novissimo digesto italiano*, XIX: 5-93.
- (1982): *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, en «Politica del diritto», XIII/3: 359-372.
- (1984): «Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela», en M. DE ACUTIS y G. PALOMBRINI (eds.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 3-84.
- (1985): «La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista», en F. D. BUSNELLI y G. SCALFI (eds.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 27-53.
- CEREZO MIR, José (1985): *Curso de derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 15-57.
- CID MOLINÉ, José (1994): *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- FERREIRO LAPAZTA, José Juan (1985): *Las infracciones tributarias en la reforma de la LGT*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXXIV/4: 891-918.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (1989): *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, Trivium.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1976): *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 10: 399-430.
- (1981): *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 29: 359-369.
- GARCÍAS PLANAS, Gabriel (1988): *Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho penal*, en «Anuario de derecho penal y ciencias penales», XLI/1: 109-123.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1971): «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, 140-161.
- GIMENO SENDRA, Vicente (1988): *Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, en «Poder Judicial», número especial II, *Justicia penal*, 31-49.
- HART, Herbert (1961): *The Concept of Law*; trad. de G. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- (1968): *Prolegomenon to the Principles of Punishment*; trad. de J. BETEGÓN, «Introducción a los principios de la pena», en J. BETEGÓN y J. R. DEL PÁRAMO (eds.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, 163-181.
- KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed.; trad. J. VERNENGO, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad de México, 1981.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1987): *Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 54: 165-185.
- (1988): *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA, 57-97.
- LOZANO, Blanca (1990): *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, Marcial Pons.
- (1992): *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991 de 19 de diciembre)*, en el núm. 129 de esta REVISTA, 211-239.
- MESTRE DELGADO, Esteban (1988): *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, en «Anuario de derecho penal y ciencias penales», XLI/2: 505-527.
- MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la (1987): *Un problema «no resuelto» y otro «creado» por la reciente legislación reformadora del régimen local (¿Pierden los alcaldes su condición nata de delegados del gobierno en el municipio? ¿Se priva a los gobernadores civiles de su genérica potestad sancionadora?)*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 53: 23-42.

- MUÑOZ QUIROGA, Antonio (1985): *El principio non bis in idem (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, en recurso de amparo)*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 45: 129-142.
- NIETO, Alejandro (1993): *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos.
- (1994): *Derecho administrativo sancionador*, cit., 2.ª ed.
- PADOVANI, Tullio (1984): *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVII (NS)/3: 952-961.
- (1985): «“Lectio brevis” sulla sanzione», en F. D. BUSNELLI y G. SCALFI (eds.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 55-70.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1989): *Derecho administrativo, I: Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 327-372.
- (1990): «Estudio preliminar», en B. LOZANO, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, Marcial Pons, 7-26.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1990): en L. PAREJO, A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 242-257.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1982): *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 4: 99-121.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1991): *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del derecho penal*, en el núm. 126 de esta REVISTA, 253-293.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1989): *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- REY GUANTER, Salvador del (1990): *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro (1992): «Prólogo» a J. ZORNOZA, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Madrid, Cívitas, 13-19.
- SANZ GANDASEGUI, Francisco (1985): *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Revista de Derecho Privado.
- SUAY RINCÓN, José (1989): *Sanciones administrativas*, Bolonia, Real Colegio de España.
- TORNOS MAS, Joaquín (1986): *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXXV/4: 905-926.
- TRAYTER, Juan Manuel (1992): *El dret disciplinari de la funció pública*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya (hay edición castellana: *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons).
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1989): en J. BOIX, J. ORTS y T. VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch.

JURISPRUDENCIA

