

LA PENA Y LA SANCION ADMINISTRATIVA ANTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

343.2/3:351:340.11

Por FRANCISCO ALONSO COLOMER

Sumario: 1. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 1.1 La pena en el Estado de Derecho. 1.2 El Estado de Derecho y la sanción administrativa.—2. LA PENA Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA ANTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 2.1 La transgresión penal y la infracción administrativa. 2.2 La pena y la sanción administrativa. 2.3 La aplicación del principio de legalidad. 2.4 El futuro del principio de legalidad.

1. El Estado de Derecho y el principio de legalidad

1.1 *La pena en el Estado de Derecho*

LA cualidad sustantiva que caracteriza al Estado contemporáneo es su condición de Estado de Derecho. Según destaca Elías Díaz, tal condición comporta las siguientes notas: *a)*, el imperio de la ley; *b)*, la división de poderes y la legalidad de la Administración, esto es, su actuación según ley bajo suficiente control judicial, y *c)*, la garantía jurídico-formal y efectiva realización de unos derechos y libertades fundamentales (1).

En espíritu de síntesis, incluso puede significarse que es precisamente la última nota citada la determinante de las otras dos. Así, el Estado de Derecho tendría su origen en la protección de los derechos y libertades individuales, barrera infranqueable que

(1) ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid, 1966, páginas 27 y ss.

el ciudadano opone al propio Estado, y ello tanto si se aceptan las teorías del contrato social como las limitaciones del Estado por la vigencia de un derecho superior. La cabal valoración de estos derechos individuales, es decir, la búsqueda de una fórmula de equilibrio que permita la armonización de lo «individual» y lo «colectivo», del bien singular y del bien común, constituye la preocupación de legisladores y jueces desde la crisis del principio abstencionista consagrado en la fórmula del *laissez-faire, laissez-passer*.

Por lo que respecta a nuestro tema, interesa recordar que entre los derechos y libertades individuales acogidos por el consenso internacional («Declaración Universal de los Derechos del Hombre», de 1948, y, con alguna restricción en su número, «Convención Europea de los Derechos del Hombre», de 1950) se encuentran el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a una buena administración de justicia, el derecho a un recurso eficaz, el derecho a la libre circulación y el derecho a la propiedad, si bien este último no goza de general aceptación en su tradicional contenido (2). Vida, libertad y propiedad son los bienes jurídicos de la persona susceptibles de resultar afectados por las limitaciones que, como consecuencia de determinadas conductas antijurídicas les pueden ser impuestas por la colectividad en ejercicio de su potestad punitiva (3). La privación o restricción de los citados derechos o libertades, en ciertos supuestos, constituye una posibilidad admitida con carácter universal. Como señala Cuello Calón, citando a Maurach: «Una comunidad que renunciara a su imperio penal renunciaría a sí misma» (4). Es obvio, sin embargo, que en el Estado de Derecho la posibilidad de restringir los bienes jurídicos aludidos debe ser consecuencia siempre de las exigencias del bien común, consti-

(2) «Declaración Universal de los Derechos del Hombre» adoptada por la Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948. Artículos: 3.º, 7.º, 8.º, 10, 13 y 17.

«Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales», de 4 de noviembre de 1950. Artículos: 2.º, 5.º, 6.º y 13.

(3) Ello no descarta la posibilidad, claro es, de que tanto la libertad como la propiedad puedan ser recortadas en sus posibilidades por imperio del bien común, sin que se dé la previa conducta antijurídica del sujeto afectado.

(4) CUELLO CALÓN: *La moderna Penología*, Barcelona, 1958, tomo I, p. 15.

tuyendo su fundamento inmediato, si es por vía penal, la conducta antijurídica del sujeto afectado. La sumisión del Estado en materia penal al principio de legalidad es tradicional y aparece consagrada en la fórmula clásica *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Igualmente, el principio de irretroactividad de las leyes, como consecuencia de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad social, juega de manera especialmente rigurosa en la esfera penal (a salvo el principio de retroacción de la norma en cuanto pueda favorecer al reo) (5).

En el marco del Estado de Derecho podemos, pues, señalar que el imperio penal quedaría centrado sobre estos tres soportes: 1), respecto del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (recogido en el art. 19 del Fuero de los Españoles y en el Código Penal, arts. 1.º, 23 y 81); 2), reserva de competencia en la imposición de las penas al poder judicial (art. 80 del Código Penal), y 3), correcta administración de justicia inspirada en las imprescindibles garantías procesales (art. 19 del Fuero de los Españoles y Ley de Enjuiciamiento Criminal: audiencia, prueba, recursos).

La aceptación de cuanto hasta aquí se ha apuntado no parece ofrecer especiales dificultades por constituir una doctrina clásica, formalmente consagrada en los ordenamientos modernos; sin embargo, al lado de este marco, cuyas líneas esenciales hemos trazado, interesa poner de relieve un fenómeno, especialmente acentuado en nuestro tiempo, que parece tener difícil encaje en las categorías convencionales y va a permitir plantear la pregunta de si los soportes o ejes tradicionales de la justicia penal han sido más o menos inadvertidamente revisados en la práctica, quedándose tal marco vacío de contenido y resultando afectados, como implícita consecuencia, los fundamentos del propio Estado de Derecho. El fenómeno a que nos referimos no es otro que el inusitado auge experimentado por la denominada «sanción administrativa», pieza cardinal en el operar de la Administración pública. Precisamente son las causas y consecuencias más sobresalientes del referido fenómeno las que pasamos a considerar.

(5) La materia por conocida hace innecesaria cualquier aclaración. Al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y al de irretroactividad de la normativa penal se refiere el artículo 11 de la «Declaración Universal de los Derechos del Hombre».

1.2 *El Estado de Derecho y la sanción administrativa*

Es un hecho en la historia política contemporánea que la consagración del principio de legalidad va de la mano del predominio del poder Legislativo. Tal predominio coincide con una primera etapa del Estado de Derecho, la del Estado liberal burgués, que entra definitivamente en crisis al final del primer tercio de siglo. En tal momento se produce un punto de inflexión y el Ejecutivo comienza a tomarse cumplida revancha, que se acentúa en nuestros días. Las razones de la potenciación y preponderancia del poder Ejecutivo son conocidas. Por una parte, las reivindicaciones de la clase obrera, que habrán de traducirse a nivel constitucional en el reconocimiento de los derechos individuales de contenido económico y social, y, por otra, la crisis económica de 1929 y la postración de la posguerra iban a convertir a las Administraciones en beligerantes para librar la batalla por el equilibrio y desarrollo económico y social. Hemos pasado del Estado liberal de Derecho, replegado en su actitud de árbitro y custodio del orden público, al Estado social de Derecho, extrovertido y protagonista principal en la conformación de las nuevas sociedades del consumo y del ocio (6).

Cuanto se viene apuntando no es intrascendente en absoluto para el objeto de nuestro trabajo. En efecto, el intervencionismo estatal se plasma, prácticamente, en la aparición, al lado de la policía tradicional o de seguridad, de una serie de policías especiales o esferas de actuación que tienden a tutelar distintos aspectos del orden público administrativo. Estas policías especiales habrán de acogerse a un cauce formal habilitante que serán las correspondientes leyes o reglamentos administrativos. En este sentido, y dado el principio de reserva legal que marca la regresión del predominio del Legislativo, al aparecer limitadas sus competencias a una esfera estrictamente acotada de actuación por las normas constitucionales (art. 41 de la Ley Orgánica del Estado, en relación con el art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y arts. 10 y 12 de la Ley de Cortes), hay que destacar que el Ejecutivo utilizará profusamente el cauce

(6) Sobre el auge del ejecutivo, PAUL M. GAUDEMET: *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, París, 1968, pp. 8 y ss.

reglamentario. Así, en materia de policías especiales, la regla parece ser la vigencia de una fuente normativa de grado inferior como son el Decreto o la Orden ministerial. En todo caso, leyes y reglamentos administrativos van a configurar un nuevo orden público, subordinado en importancia al orden público tradicional como soporte de convivencia, en las más diversas manifestaciones. Las posibles violaciones del orden o «paz» administrativos quedarán incluidas en los ordenamientos vigentes y tipificadas con mayor o menor detalle. Doctrinalmente, tales transgresiones recibirán la denominación de infracciones administrativas. Paralelamente aparecerá un repertorio amplio y severo de sanciones administrativas (7).

2. La pena y la sanción administrativa ante el principio de legalidad

Llegados a este punto, varias preguntas surgen espontáneamente: ¿Existe alguna relación entre las infracciones administrativas y los delitos y faltas? ¿Se da alguna aproximación entre las sanciones administrativas y las penas? En cualquier caso, ¿hasta qué punto debe ser operativo —y lo es en la práctica— el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en relación con las contravenciones y sanciones administrativas? ¿Qué significación tendrán las respuestas a los interrogantes anteriores por lo que respecta a la doctrina del Estado de Derecho? ¿Cabe *de lege ferenda* arbitrar alguna fórmula que mejore el estado actual de cosas? Todos estos aspectos creemos merecen, por somera que sea, cierta consideración.

2.1 La transgresión penal y la infracción administrativa

Por lo que respecta a las relaciones entre las infracciones penales y las administrativas, dos posturas se enfrentan. Por una parte la de aquel sector de la doctrina que no advierte una diferencia sustantiva o de naturaleza entre el Derecho penal

(7) El tema ha sido más ampliamente abordado en mi trabajo «El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación», en *Revista Documentación Administrativa*, núm. 141, mayo-junio 1971.

común y el Derecho penal administrativo; así, delitos, faltas y contravenciones administrativas serían manifestación, en distinto grado, de una misma conducta antijurídica (entre otros autores y sin especial encasillamiento, Mezger, Aftalion, Jiménez de Asúa, García Trevijano); por otra, la de los tratadistas que detectan esa diferencia fundamentándola en diversas razones (el delito viola derechos subjetivos y la contravención administrativa, el interés general; el delito lleva implícita la idea de lesión y la contravención, la de peligro, etc.) (postura clásica de Goldschmidt y, entre otros autores de diversa filiación científica, Castejón, Cuello Calón, Entrena Cuesta) (8).

La polémica de la doctrina sobre la cuestión de referencia parece, sin embargo, de menor entidad, puesto que entre los tratadistas que insisten sobre la no diferenciación entre la infracción penal y la administrativa desde el punto de vista cualitativo, se admite en general una diferencia de tratamiento «procesal» para la contravención administrativa, cuyo conocimiento se reserva, en principio, a los órganos de la Administración o «Tribunales» no judiciales. Como parece apuntar Rodríguez Devesa, faltan argumentos definitivos para zanjar la cuestión, que deberá superarse adoptando un criterio pragmático a su respecto. La opción versa entre dar cabida en el código a las infracciones de tipo administrativo o ir a una desconcentración penal otorgando a la Administración la facultad de señalar y, eventualmente, imponer por sí misma las sanciones. La elección primera presenta el inconveniente de la aproximación que se produciría entre transgresiones que no gozan de la misma reprobación social, aunque aseguraría las garantías legales y jurisdiccionales del particular; la segunda supondría potenciar las facultades de la Administración en favor de su misma eficacia, aunque en detrimento sin duda de las libertades civiles. En este último supuesto sólo una revisión eficaz del actuar administrativo ante los Tribunales de lo criminal podría suponer un contrapeso. La simple revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa no parece suficiente por su escasa «especialización». «El problema —concluye Rodríguez Devesa— no tiene una

(8) MONTORO PUERTO: *La infracción administrativa*, Barcelona, 1966, pp. 240 y ss.

solución inequívoca. Depende de las circunstancias de cada país y, en particular, del sistema político» (9).

2.2 *La pena y la sanción administrativa*

Para nuestras reflexiones este es el punto de máximo interés. Según algunos autores (entre ellos Montoro Puerto) no parece pueda darse a la sanción administrativa, desde el punto de vista técnico, la calificación de pena, y ello por no concurrir en aquélla, fundamentalmente, las ideas de retribución y proporcionalidad o la vinculación a la intervención judicial (10). Por otra parte, nuestro vigente Código, en su artículo 28, consagra la discriminación positiva entre penas y sanciones administrativas al establecer: «No se reputarán penas: ... 3.º Las multas y demás correcciones que en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias impongan los superiores a sus subordinados o administrados.»

Al margen de las consideraciones apuntadas, nos vamos a permitir recordar, una vez más, que hay que tener presente la existencia de valores esenciales siempre en juego cuando se manejan los conceptos de pena y sanción. Estos valores no son otros que los bienes jurídicos afectados por una y otra, a través de cuya limitación el sujeto «condenado» saldrá su responsabilidad. Queremos significar que, tanto en el supuesto de la «imposición de una pena», entendida «técnicamente», como en el de una «sanción», se produce una consecuencia inmediata como es el sufrimiento o aflicción que al destinatario de las mismas se le impone *hic et nunc*, y ello con independencia de los fundamentos o fines, sin duda distintos en ambos supuestos. Cuello Calón alude, expresamente, a la idea de sufrimiento implícita en la pena (11) y que, creemos, no debe excluirse tampoco de la sanción administrativa puesto que ésta, en sus diversas manifestaciones (la multa sería la sanción típica administrativa) supone asimismo la privación de un bien.

(9) RODRÍGUEZ DEVEASA: *Derecho Penal español*, Parte General. Madrid, 1970, páginas 29 y 30.

(10) MONTORO PUERTO, *op. cit.*, pp. 336 y ss.

(11) CUELLO CALÓN, *op. cit.*, p. 16.

Estimamos que cuanto se ha dicho no resulta afectado por las observaciones que, en el orden formal, formula Quintano Ripollés (12). Lo cierto es, creemos, que la «pena» descansa sobre la idea aflictiva de la privación de un bien jurídico y tal nota sustantiva, con las matizaciones de grado que se quieran, es perfectamente compartida por el concepto de «sanción administrativa».

2.3 *La aplicación del principio de legalidad*

Por cuanto antecede, y desde el punto de vista de la seguridad jurídica del ciudadano, hay que concluir que pena y sanción administrativa, al «amenazar» sus libertades y derechos individuales, exigen para su imposición la cobertura legal de una norma previa en la que aparezcan tanto la tipificación de los supuestos como el repertorio sancionador adecuado, todo ello de acuerdo con los principios que informan el Estado de Derecho. Sin embargo, y en ello hay que insistir como aspecto esencial de la cuestión, dicha norma, por tener en su estricta significación categoría penal, deberá ostentar asimismo el rango de Ley, fuente ésta, en lo formal e inmediato, que presenta caracteres de exclusividad por lo que se refiere al ámbito penal en nuestro Derecho.

Así, en nuestro Derecho positivo, la necesidad de una ley votada en Cortes para la introducción de las penas está recogida en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Sorprende, sin embargo, en nuestro ordenamiento el hecho de que, en base a la diferenciación entre penas y sanciones administrativas, estas últimas, a veces de mayor entidad que las primeras, han sido incorporadas en ocasiones al repertorio sancionador vigente por vía meramente reglamentaria con pobre o nulo apoyo en una norma de superior categoría formal (p. ej. en materia turística, policía de aguas, espectáculos taurinos, etc.) (13).

Cuanto antecede debe hacernos concluir que existe una grave laguna en el sistema de garantías del particular, pues el princi-

(12) QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, p. 474.

(13) *Vide* nota núm. 7.

pio *nulla poena sine lege* ha sido obviamente degradado al haber sustituido el reglamento a la Ley. Sucede, pues, que el principio de legalidad desciende un escalón en su cotización al suplantarse la Administración, al amparo de un tecnicismo legal, al propio legislador, y ello en aras de la celeridad y eficacia para su actuar.

Resumiendo, el Estado social de Derecho ha exigido, como contraprestación a esta eficacia, el sacrificio de determinadas garantías constitucionales. El desarrollo y el bienestar de los ciudadanos se pagan con parcelas de autonomía (esto en el mejor de los supuestos cuando la infracción y la sanción administrativas se encuentran en un texto legal, faltando, eso sí, la garantía judicial para la imposición de esta última) y dejación de las funciones y competencias legislativas (supuesto en que la fuente de la infracción y de la sanción no es la ley, sino el reglamento).

2.4 *El futuro del principio de legalidad*

Denunciado hasta aquí el problema, no podemos por menos de considerar qué medios podrían influir en asegurar las libertades y derechos individuales en una sociedad en que el dinamismo operativo y la eficiencia son los criterios para enjuiciar cualquier idea de progreso; criterios, por otra parte, que, trasplantados a la esfera pública, dan, como se ha indicado, en la materia que nos ocupa prioridad a la libertad de acción de la Administración sobre la seguridad del particular, sin que obste a ello el sistema de recursos existente.

En la consideración de las posibles soluciones parece debe descartarse *ab initio* aquella que implicaría la concepción de un Código exhaustivo donde las infracciones administrativas y el consiguiente repertorio sancionador tuvieran un cabal encaje. El descartar tal solución se debe no sólo a la experiencia de que en el ámbito penal conviven el propio Código y un número determinado de leyes especiales, sino a la circunstancia de que la natural vocación de permanencia del Código y la agilidad operativa hacia la que tiende la Administración parecen incompatibles (14).

(14) *Vide* nota núm. 9.

Ahora bien, el respeto al principio de legalidad exige, insoslayablemente, que el régimen de infracciones y sanciones administrativas, esto es, que el Derecho penal administrativo no escape, tal como hoy sucede en nuestro repertorio normativo, al respaldo insustituible de la ley que es, formalmente, a la vez fuente única de derecho y garantía máxima en el ámbito penal. La vía reglamentaria tan querida de la Administración como cauce creador del Derecho penal administrativo debe ser contenida en unos límites precisos. De la misma manera que las leyes penales «en blanco» fijan unas fronteras estrictas en orden a asegurar unas garantías mínimas, creemos que en materia penal administrativa el tope máximo de las sanciones (normalmente de tipo económico) debe quedar, cuando menos, taxativamente establecido en un texto con rango de ley formal. Esta exigencia tendría en su base no sólo, como se ha venido señalando, la razón de que el Derecho penal administrativo no puede ser en su nacimiento una excepción al principio de legalidad clásico en la materia y típico del Estado de Derecho, sino también porque, desde los fundamentos esenciales de este Estado, cualquier privación de bienes patrimoniales (y las multas, se insiste, implican tal privación) debe hacerse al amparo de la ley, en la línea de los principios consagrados en el artículo 32 del Fuero de los Españoles para hacer jurídicamente viable no ya la privación de derechos de contenido patrimonial, sino su simple «transformación».

La doctrina jurisprudencial en favor de la no identificación sustantiva de las penas y de las multas administrativas (Sentencias de 16 de marzo de 1962 y 25 de junio de 1966), interpretación en base al amparo del artículo 26 del Código penal, y la proclamación, en su consecuencia, de la no necesidad para su establecimiento *erga omnes* de una ley votada en Cortes, requisito exigido para el establecimiento de las penas por el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración como se ha indicado, supone la quiebra del principio de legalidad y abre para el ciudadano un porvenir azaroso por la inseguridad que supone el tener que convivir con un Estado que olvida sus propios fundamentos habilitantes. En este sentido, las citadas sentencias pasan por alto que la privación de derechos patrimoniales que la

multa comporta, y que ya hemos destacado, debe hacerse jurídicamente viable a través del adecuado rango normativo de la disposición que la permita.

Para terminar debemos insistir *de lege ferenda* en la urgencia de establecer un freno formal a la Administración en materia sancionadora. En efecto, de no arbitrarse los controles adecuados, ésta va camino de imponer a cambio de sus «buenos servicios» un verdadero *status* de servidumbre.

