

II. EXTRANJERO

PANORAMICA GENERAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN EUROPA: «DESPENALIZACION» Y GARANTIA

SUMARIO: I. La aplicación del principio de separación de poderes y el monopolio judicial penal de la potestad punitiva en el siglo XIX.—II. Países que mantuvieron la potestad sancionadora de la Administración: Austria y Suiza.—III. La insuficiencia del sistema sancionador penal ante la «publicación» del Derecho.—IV. El proceso despenalizador en Alemania e Italia.—V. Inexistencia en el ordenamiento francés de un auténtico Derecho sancionador administrativo, la creación de un «subsistema penal» especial para los ilícitos menores.—VI. Líneas de tendencia comunes en el Derecho europeo: eficacia y garantías en la represión del ilícito administrativo.

I. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y EL MONOPOLIO JUDICIAL PENAL DE LA POTESTAD PUNITIVA EN EL SIGLO XIX

El paso del Estado absoluto al Estado liberal operado en el siglo XIX dio lugar, en la mayoría de los Estados europeos, a una progresiva abolición del poder sancionador general de la Administración pública mediante la jurisdiccionalización de los ilícitos de policía (1).

En el Antiguo Régimen, al poder del soberano de emitir órdenes para regular el funcionamiento de la Administración Pública se vinculaba la potestad de irrogar directamente sanciones en los supuestos de inobservancia de dichas órdenes. No existía, en un principio, la idea de una separación del injusto «policial» y del penal, y la diferencia entre justicia y policía, dado que ambas tenían con arreglo a las concepciones de la época por objeto la seguridad interior, se cifraba única-

(1) Para un análisis histórico de la potestad sancionadora de la Administración, véanse ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1924; Heinz MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, traducción y notas por J. M.ª RODRÍGUEZ DEVEZA, EDERSA, 1979 (edición alemana de 1977); Carlo Enrico PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»: profili comparatistici*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1980, págs. 1254 y ss. (puede consultarse también en *Le sanzioni amministrative*, Actos del XXVI Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración, Varena, 1980, Ed. Giuffrè, Milán, 1982, páginas 419 y ss.); Marco SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1983. En nuestro país, véase J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en el núm. 67 de esta REVISTA, 1972, págs. 41 y ss., y *Derecho administrativo (parte general)*, Ed. Pons, Madrid, 1989, págs. 327 y ss.

mente en la índole de aplicación en la práctica del poder soberano, no en la esencia de la cosa. De esta forma, el derecho penal policial era sólo una parte dentro del ámbito del conjunto del derecho penal, que abarcaba las acciones menos perjudiciales para el fin último del Estado, la seguridad y el bienestar generales, caracterizándose por el hecho de que era aplicado por las autoridades políticas.

Pero tal situación no podía subsistir en el nuevo orden institucional instaurado por la Revolución francesa y caracterizado por una rígida división de poderes, afirmándose en la mayoría de los países europeos, como principio fundamental del Estado de Derecho, el denominado «monopolio penal del cuarto poder». En consecuencia, tuvo lugar un amplio proceso de «jurisdiccionalización» de la represión, que supuso el traslado de los ilícitos administrativos a la competencia del juez penal.

En Italia, la ley de 20 de marzo de 1865, número 2.248, sobre procedimiento contencioso-administrativo, atribuyó a la jurisdicción ordinaria el castigo de «todas las causas por contravenciones en las cuales pueda estar interesada la Administración» (art. 2.º). La competencia para sancionar estas contravenciones fue encomendada después, por el vigente Código de procedimiento penal de 19 de octubre de 1930, al juez municipal (*pretore*), y la Administración sólo conservó, como reductos de la antigua concepción, la posibilidad de imponer sanciones en materia tributaria, y sanciones disciplinarias en determinadas relaciones de sujeción especial (v. gr., en el ámbito del empleo público o del servicio militar obligatorio).

En Alemania, el Código Penal del Reich, de 15 de mayo de 1871 —siguiendo el modelo del Código Prusiano de 1851—, incluyó entre las contravenciones (*übertretungen*) los «ilícitos de policía y ordenación» (*Polizei e Ordnungsunrechte*), esto es, los ilícitos administrativos. Se admitió sin embargo, como excepción, que los órganos de policía o administrativos fueran autorizados por una Ley del Land para dictar disposiciones penales sobre contravenciones en las que se podía imponer una multa de hasta ciento cincuenta marcos o arresto de hasta quince días, así como el decomiso (2). Además, los órganos de Finanzas estaban facultados para imponer en caso de infracción de los preceptos sobre contribuciones penas de multa y acordar confiscaciones (3).

En el Derecho francés se eliminaron los ilícitos administrativos sancionados directamente por la Administración con el paso del Antiguo Régimen al nuevo sistema surgido de la Revolución, y desde entonces, como se verá más adelante, el monopolio del juez penal se ha mantenido

(2) Algunos *Länder* hicieron amplio uso de esta autorización y, así, en los Estados meridionales (Bayern, Baden), los ilícitos de policía se regulaban en especiales «Códigos de Policía» (*Polizeistrafgesetzbücher*) y eran atribuidos a la competencia de la Administración pública.

(3) Véanse Heinz MARTES, *Problemas de Derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, cit., págs. 58 y ss.; Marco SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit., págs. 25 y ss.; Carlo Enrico PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»: profili comparatistici*, cit., y —citados por M. SINISCALCO— H. H. JESCHECK, *Das Deutsche wirtschaftsstrafrecht*, en «Juristenzeitung», 1959, págs. 459 y ss.; K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, tomo 1.º, 1976, págs. 179 y ss.

bastante rígido, quedando limitado prácticamente el poder sancionador administrativo a la potestad disciplinaria.

II. PAÍSES QUE MANTUVIERON LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN: AUSTRIA Y SUIZA

Esta «jurisdiccionalización» o «penalización» de los ilícitos administrativos encuentra dos excepciones en los casos de Austria y Suiza, países que mantuvieron, por distintas razones, la competencia sancionadora de la Administración.

En *Austria* (4), el hecho de que la autoridad administrativa haya conservado sin interrupción el poder punitivo desde los tiempos del absolutismo, es algo que descansa en la particular concepción del principio de división de poderes en este país. De acuerdo con una interpretación meramente formal de dicho principio, la ejecución, esto es, la aplicación de las leyes, consta de Administración de Justicia y Administración, por lo que la distinción entre la jurisdicción y la Administración no es sustancial (y rígida) como en otros sistemas europeos, sino sólo «formal-organizativa». La jurisdicción era y es, según esto, no un poder independiente encargado de la aplicación de las leyes, sino la actividad ejecutiva (función estatal) ejercida por jueces, entendiéndose por tales los funcionarios provistos de las garantías constitucionales de independencia, inamovilidad e insustituibilidad en el desempeño de sus funciones judiciales, siendo órganos administrativos aquellos desempeñados por funcionarios sin aquellas garantías.

La separación entre la Justicia y la Administración (5) se concreta así solamente en estas distinciones de prerrogativas y en determinadas preclusiones que impiden que una misma autoridad actúe al mismo tiempo como órgano administrativo y jurisdiccional. Se trata, pues, de meras diferencias de función que han permitido al legislador austriaco asignar discrecionalmente tareas «administrativas» a los órganos judiciales, y competencias «judiciales», entre ellas la punitiva, a los órganos administrativos.

De esta forma, la asignación de facultades represivas a los órganos de la Administración —el llamado «derecho penal de policía»—, que tuvo su origen en Austria, como en el resto de los países europeos, en el Estado absolutista, se conservó en este país por integrarse en su especial configuración de la división de poderes, a pesar de que por influen-

(4) Véanse Heinz MATTES, *ob. cit.*, págs. 239 y ss.; C. E. PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»...*, cit., pág. 1259, el cual cita, en la doctrina austriaca: L. ADAMO-VICH, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 1971, págs. 229-230; W. ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1954, pág. 246; R. WALTER, *Verfassung und Gerichtsbarkeit*, 1960, págs. 42 y ss. y 105 y ss.

(5) El artículo 94 de la Constitución federal de 1 de octubre de 1920 (en la versión de 1929) se limita a afirmar que la Justicia ha de estar separada de la Administración en todas sus instancias.

cia de las ideas liberales se produjeron durante el siglo XIX no pocos intentos de suprimir el poder penal de los órganos de la Administración.

En este mantenimiento de la potestad sancionadora de la Administración incidió también de modo importante la insuficiencia del sistema penal para asumir la represión de las contravenciones de policía, y así, cuando en los trabajos preparatorios de la Ley Penal de 1803 surgió el proyecto de eliminar la competencia de los órganos políticos para sancionar las contravenciones de policía, «a causa del extenso desarrollo de este libro (II Parte de la Ley dedicada a los delitos políticos), se mostró la necesidad de que la jurisdicción sobre las contravenciones graves de policía siguiera abandonada a los órganos políticos, ya que los tribunales territoriales se hallan excesivamente sobrecargados e incluso paralizados en la administración de la jurisdicción criminal» (6).

Hubo posteriormente varios intentos de estatalizar la justicia (Ordenanza procesal penal de 17 de enero de 1950, Ley de 22 de octubre de 1862), que, aunque no consiguieron eliminar el poder penal de los órganos de la Administración, condujeron a una cierta restricción de las facultades penales policiales. Esta evolución culminó con la Ley procesal penal de 23 de mayo de 1873, conforme a la cual los tribunales de distrito enjuiciarían la totalidad de las contravenciones contenidas en la Ley penal, así como todas aquellas punibles judicialmente con arreglo a un precepto expreso, y los órganos de la Administración perseguirían las contravenciones no contenidas en la Ley penal en las que faltara una expresa determinación de otra competencia.

La resistencia contra el poder penal de la Administración se agotó al remitir los movimientos de estatalización de la justicia del liberalismo, de tal modo que en los tiempos más recientes ya no se tomaron nuevas iniciativas serias para la completa eliminación del derecho penal administrativo.

En 1925 se dictó la Ley penal administrativa (*Verwaltungsstrafgesetz*, de 21 de junio), que supuso la primera regulación europea unitaria del derecho penal administrativo, precursora de las que Alemania, y por su influencia directa Italia, han realizado en la materia. La Ley austriaca contiene en su primera parte los preceptos generales del derecho sancionador administrativo material, que, siguiendo instancias garantizadas de los derechos individuales, presenta una impronta claramente penalista, destacando el reconocimiento del principio de legalidad en su acepción más amplia, principio hasta entonces desconocido en esta materia. Por el contrario, la regulación procesal sí que manifiesta la configuración *ab origine* administrativa de este ámbito punitivo. Contra la decisión administrativa de condena sólo se admite el recurso jerárquico,

(6) SONNENFELS, en la advertencia previa a las Comisiones de los *Länder*, citado por H. MATTES, *ob. cit.*, pág. 265. Fuera de la codificación penal operada por esta Ley sólo quedaron las contravenciones o delitos de policía de menor importancia, cuyo castigo era competencia de órganos administrativos que no ejercían esta función como justicia, sino como administración, y los funcionarios no aparecían por ello como jueces (como en el caso de las contravenciones graves de policía), sino como órganos de policía de la Administración.

y contra la resolución del órgano superior únicamente cabe el recurso ante el Consejo de Estado o, en casos claramente excepcionales, ante la Corte Constitucional. El establecimiento de las infracciones castigadas con la «pena administrativa» no se contiene en la Ley penal administrativa, atribuyéndose a las leyes especiales.

La *Verwaltungsstrafgesetz* fue completamente reelaborada en 1950, en el marco de una amplia reforma de los procedimientos administrativos, y ha sufrido después modificaciones de carácter secundario.

También en Suiza, aunque por razones histórico-institucionales distintas, la autoridad administrativa ha conservado numerosas competencias punitivas. En este país, la estructura federal y la tradicional autonomía de los cantones han favorecido la perpetuación de sistemas sancionatorios «independientes», confiados a la competencia administrativa (7).

El artículo 335 del Código Penal suizo y el artículo 64 bis de la Constitución reconocen la reserva de competencia penal a los Cantones en materia de derecho de policía, administrativo y fiscal (cantonal), facultad que ha sido prevalentemente utilizada por los Cantones para configurar tipos de ilícito (sobre todo de naturaleza fiscal), directamente confiados a la competencia sancionadora de la Administración. En algunos Cantones (Argovia, Glaris) se ha conservado, además, una competencia sancionadora de los Municipios para las contravenciones de preceptos de policía municipal, en cuyo caso el Consejo municipal irroga directamente la sanción, limitada a multas de escasa cuantía, mediante un «decreto penal-administrativo de condena».

A nivel federal, la Administración ha conservado también la facultad de sancionar en primera instancia un cierto número de infracciones, pudiéndose acudir en segunda instancia a los tribunales penales.

III. LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA SANCIONADOR PENAL ANTE LA «PUBLIFICACIÓN» DEL DERECHO

Se perfilaban así en Europa dos modelos punitivos distintos, según que el proceso de «jurisdiccionalización» hubiese sido completo (Alemania, Francia, Italia), o que la Administración hubiese conservado una mayor o menor potestad represiva (Austria, Suiza). En ambos casos, se puede formular, sin embargo, una afirmación de fondo: las sanciones encomendadas a la Administración revestían un papel bastante modesto, de carácter puramente residual en los países del primer tipo y sólo relativamente mayor en los que habían conservado la competencia punitiva de la Administración.

(7) C. E. PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»...*, cit., pág. 1260. Sobre la potestad sancionadora de la Administración en Suiza, véanse también, más en extenso, H. MATTES, *ob. cit.*, págs. 315 y ss., y J. GAUTHIER, *Droit administratif et droit pénal*, en «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», núm. 90, 1971, tomo II, págs. 351 y ss.

Esta situación va a cambiar, sin embargo, debido al fenómeno de la «publicación» que sufre el Derecho en nuestro siglo, fenómeno definido por SINISCALCO como la «ampliación del ámbito de las materias reconducidas por el legislador a la disciplina pública —con la consiguiente reducción de la disciplina privada— y que constituye «una de las manifestaciones más evidentes de la cada vez mayor presencia del Estado en la vida y en las relaciones de los ciudadanos» (8). Este proceso, que se inicia durante la Primera Guerra Mundial con la «legislación bélica» y se acelera considerablemente tras la Segunda Guerra, tiene su raíz en la progresiva transformación del Estado liberal en un Estado «social», que conlleva la expansión de la intervención pública en sectores antes reservados a la autonomía del particular como la economía u otros campos relativos al «bienestar social». Esta creciente intervención pública trae consigo una «marea de las leyes» (9), sobre todo en materia económica, que produce cambios radicales en la técnica legislativa y en los tradicionales sistemas normativos (fundamentalmente codicistas), alteración de la que no podían excluirse los instrumentos sancionadores.

En los ordenamientos que habían conservado la potestad sancionadora de la Administración, la legislación especial encuentra un instrumento punitivo adecuado en las penas administrativas, cuyo ámbito de aplicación se incrementa ostensiblemente. Así, en Suiza, la Ley federal de 22 de marzo de 1974 sobre «Derecho penal-administrativo» (*Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*), extiende el campo de aplicación de las sanciones administrativas federales a diversas materias, como la fiscal y aduanera, la normativa bancaria y crediticia y la disciplina relativa a correos y telecomunicaciones. Al mismo tiempo, se hace sentir en estos países la necesidad de modernizar el sistema sancionador administrativo, incrementando su perfil garantizador de los derechos individuales. En Austria, la doctrina ha señalado en este sentido la necesidad de extender al ilícito administrativo la institución de la suspensión condicional o el sistema de las «multas-día» (Determinación de la multa mediante la multiplicación por determinada cifra del salario medio diario del infractor), vigentes en su ordenamiento penal (10).

Pero en los países del «primer modelo» que carecían de potestad sancionadora administrativa, se produce una proliferación de la legislación penal especial que conduce a una «hipertrofia del derecho penal», con las consecuencias negativas de un debilitamiento de la prevención general por el excesivo uso de la sanción penal (11) y de una sobre-

(8) Marco SINISCALCO, *ob. cit.*, pág. 15.

(9) C. E. PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»...*, *cit.*, pág. 1261. Sobre este fenómeno, estudiado desde el ángulo de la técnica legislativa, cita este autor a P. NOLI, *Gesetzgebungslehre*, 1973, págs. 164 y ss.

(10) Véase C. E. PALIERO, *Note sulla disciplina dei reati bagatellari*, en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1979, págs. 921 y ss. (pág. 985), con abundantes citas bibliográficas sobre este tema.

(11) Pueden citarse, en este sentido, las palabras de MANZINI: «La fuerza de la

carga de trabajo del aparato judicial que, saturado de procesos penales, muchos de ellos de escasa relevancia social, se encuentra incapacitado para perseguir con eficiencia y rapidez los delitos más graves. La doctrina penalista alemana, encabezada por VON LISZT, afirmó que el Derecho penal sólo podría recuperar su propia racionalidad encauzando su «disipación» por los mil caminos de la legislación especial, para asumir nuevamente el papel de instrumento excepcional, de *extrema ratio* en la tutela de los bienes jurídicos esenciales (12).

Surge así la necesidad de una «despenalización» (13) de las conductas delictivas de menor relevancia social, cuya represión es encomendada a la Administración, para lo cual se procede a la creación *ex novo* de un sistema punitivo que armonice los principios de eficacia y de respeto de las garantías individuales en la punición de estos ilícitos. Con este

pena, como causa de las determinaciones individuales, disminuye tanto más cuanto más fácil sea incurrir en ella. Y ello constituye, por otra parte, un sistema vejatorio y contrario a la dignidad del ciudadano, al cual no se le debería poder infligir, por levisimas infracciones, incluso no intencionales, en las cuales cualquiera puede incurrir, la vergüenza de una condena penal, aunque sea contravencional, que consta después en los antecedentes penales» (*Trattato de diritto penale italiano*, vol. I, Turín, 1961, pág. 120). En el mismo sentido, CARNELUTTI hablaba de «fenómenos de inflación legislativa» que, con un efecto análogo al de la inflación monetaria, llevan a la «desvalorización» de las leyes, en especial (para las penales) de su eficacia de prevención general («La crisis de la Ley», en *Discursos en torno al Derecho*, Padua, 1937, pág. 178). Sobre este fenómeno de la inflación penal y las soluciones arbitradas en el ordenamiento italiano, véase, *in extenso*, C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», Ed. CEDAM, Padua, 1985.

(12) VON LISZT, «Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, páginas 359 y 374 y ss. Tomo la cita de C. E. PALIERO, *La Legge 689 del 1981: prima codificazione del Diritto penale amministrativo*, en «Política del Diritto», núm. 1, marzo 1983, págs. 117 y ss. Cita también este autor a C. RÖXIN, que ha retomado en la actualidad las ideas de VON LISZT, afirmando que «el derecho penal debe ser empleado solamente para proteger los bienes jurídicos más significativos y para asegurar las prestaciones esenciales para la existencia, cuando instrumentos menos penetrantes no son suficientes para garantizar la consecución de estos fines» («Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *Juristische Schulung*, 1966, pág. 382).

(13) Este término puede emplearse en la acepción amplia de abolición de la figura criminal, sea ésta reducida o no a una ilicitud extrapenal o bien, en una más restringida, que se refiere a la degradación de figuras delictuales en ilícitos de distinta naturaleza (por lo general administrativa), reservándose la denominación de «descriminalización» para los casos de eliminación de la ilicitud del hecho. Como señala PALIERO (*Note sulla disciplina...*, cit., pág. 938, nota 66), desde el punto de vista etimológico, parece más adecuado utilizar el término descriminalización para designar la pérdida únicamente de la naturaleza criminal del hecho, manteniéndose una punibilidad en otro ámbito (administrativo, civil...), y designar como despenalización la eliminación de cualquier pena (no sólo la criminal). Adoptamos aquí, sin embargo, la postura inversa, pues la designación como «despenalización» del proceso de conversión de la sanción penal en administrativa es hoy predominante tanto en Italia (donde las propias leyes que han dado lugar a este proceso se refieren a la *depenalizzazione di delitti e contravvenzioni*; título de la sección III de la Ley 689/1981) como en nuestro país (véase J. PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, Universidad de Valencia, 1983, págs. 27 y ss.), y, en definitiva, la opción por una u otra terminología tiene escasa relevancia, pues ambas expresiones son equivalentes en cuanto tienen un sentido puramente negativo y nada afirman sobre la «nueva naturaleza» que el ilícito puede adquirir.

proceso despenalizador se atribuye a la Administración la punición de las infracciones de menor importancia, de los «ilícitos-bagatela» (*Bagatelldelikte, reati bagatellari*), y se reserva al Poder Judicial la represión de los atentados contra los bienes jurídicos a los que hoy se otorga mayor relevancia, debiéndose señalar a este respecto, con el profesor BUENO ARUS, que «las tendencias de la política criminal contemporánea van en el sentido de establecer penas privativas de libertad, no sólo para la protección de los intereses individuales más importantes (vida, integridad física, libertad, seguridad), sino también para los bienes colectivos o intereses difusos que, por ejemplo, en el mundo económico pueden revestir mayor trascendencia social de lo que la política liberal clásica había puesto de relieve» (14). Se ha producido, por ello, en los últimos años, un proceso de «repenalización» de determinadas conductas —especialmente—, respecto de las cuales se ha incrementado la conciencia social de la necesidad de su represión. No puede, sin embargo, decirse que se haya invertido la tendencia «despenalizadora», pues de lo que se trata, en definitiva, es de completar «la labor de racionalización del sistema sancionador, caracterizada, por un lado, por una cuidadosa y amplia despenalización y, por otro, por la exigencia de reconducir al Código penal conductas de relevante contenido ofensivo» (15).

IV. EL PROCESO DESPENALIZADOR EN ALEMANIA E ITALIA

En *Alemania*, la legislación penal especial se incrementó enormemente a partir de los últimos años de la República de Weimar y sobre todo durante el período nacionalsocialista, debido a la necesidad de una rígida planificación económica ante las exigencias de la política belicista y de la guerra subsiguiente (16). Tras la Segunda Guerra Mundial este fenómeno no hará más que acentuarse ante el creciente intervencionismo de los poderes públicos en la economía y en los demás sectores relativos al «bienestar social», llegándose a una «hipertrofia» del Derecho penal accesorio creado por la legislación especial (sobre todo en materia económica, fiscal, de previsión, sanitaria, alimentaria, urbanística y ambiental). Se inicia entonces un proceso «despenalizador» con la «ley para la simplificación del derecho penal económico» (*Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht*, de 29 de junio de 1949), que introdujo por primera vez en el ordenamiento alemán la figura del *ordnungswidrigkeit* (ilícito administrativo u «ordenador») destinada, en esta primera aplicación, a sustituir las numerosas figuras de ilícitos acumuladas en el campo de la legislación económica.

(14) FRANCISCO BUENO ARUS, *La dimensión jurídica de la pena de prisión*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», enero-abril 1987, págs. 15 y ss. (página 22).

(15) Véase LUIGI DI NANNI, Giuseppe FUSCO y Giovanni VACCA, *Depenalizzazione e sanzione amministrativa*, Ed. Jovene Editore, Nápoles, 1982, pág. 20.

(16) M. SINISCALCO, *ob. cit.*, págs. 25 y 26.

Las etapas fundamentales de este proceso han coincidido después con la promulgación de la primera «ley cuadro» (*Rahmen gesetz*) sobre las contravenciones administrativas (la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 25 de marzo de 1952); de la «ley sobre la ulterior simplificación del derecho penal económico» (*Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrajrechts*, de 9 de julio de 1954); y, por último, de la llamada «ley general sobre las *Ordnungswidrigkeiten*» (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 24 de mayo de 1968) (17), que constituye un verdadero y auténtico «Código del ilícito administrativo», que ha establecido una disciplina general —sustancial y procesal— para todas las *ordnungswidrigkeiten*, determinando sus elementos constitutivos y tipificando las sanciones. El proceso despenalizador puede considerarse concluido con la entrada en vigor del nuevo Código Penal (la *Enführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* o Ley introductoria del Código Penal, de 2 de marzo de 1974), que ha eliminado definitivamente la categoría de las contravenciones penales (*übertretungen*) (18). Algunas de ellas fueron definitivamente derogadas, otras experimentaron un aumento de rango y se convirtieron en delitos o infracciones propiamente criminales (*Tatstraf*), pero en su inmensa mayoría pasaron a integrar la Parte Especial de la Ley General sobre las *Ordnungswidrigkeiten*.

Actualmente, la despenalización abarca campos muy diversos y extensos del ordenamiento jurídico: el sector económico (ley de 26 de junio de 1949 citada, ley de 27 de julio de 1957 sobre la concurrencia, ley de 28 de abril de 1961 sobre comercio exterior, ley de 11 de marzo de 1957 sobre control de precios); el sector fiscal (en él los ilícitos administrativos tienen absoluta preeminencia, siendo el texto fundamental la *Abgadeornung* u ordenanza tributaria, de 23 de marzo de 1976); el sector urbanístico (la ley de urbanismo, *Baundesbaugesetz* de 18 de agosto de 1976 sólo contiene ilícitos administrativos); el medio ambiente (ley de 18 de agosto de 1976); el sector alimentario (ley 15 de agosto de 1974), la sanidad pública y la circulación automovilística (sector completamente despenalizado por la ley de 16 de noviembre de 1970) (19).

En los últimos tiempos, esta tendencia se ha modificado respecto a los sectores centrales de la economía y de la defensa del medio ambiente, materias en las que se ha producido una mayor toma de conciencia social sobre la necesidad de evitar los abusos cometidos, procediéndose en consecuencia a una «repenalización» de las formas más peligrosas de transgresión (20). Pueden señalarse, en este sentido, la «pri-

(17) «Bundesgesetzblatt», I, pág. 481; III, págs. 454-461. La ley fue modificada por la *Anderungsgesetz* de 20 de agosto de 1975 («Bundesgesetzblatt» —Boletín jurídico federal—, I, pág. 2189), recibiendo una nueva redacción («Bundesgesetzblatt» de 2 de enero de 1975, I, pág. 80 y pág. 520), y en su última versión ha sido publicada el 19 de febrero de 1987 («Bundesgesetzblatt», I, pág. 602).

(18) Véase C. E. PALIERO, II: «Diritto penale amministrativo»..., cit., pág. 1270.

(19) Véase E. DOLCINI y C. E. PALIERO, *I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge modifiché al sistema penale*, en «Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale», 1980, págs. 1154 y ss.

(20) E. DOLCINI y C. E. PALIERO, *ob. cit.*, pág. 1138.

mera ley para la lucha contra la criminalidad económica» de 1976 y la «digesimoséptima ley de reforma del Código Penal —ley para la represión de la criminalidad ambiental», de 1980— (21).

En cuanto al sustrato ideológico de la despenalización, en sus comienzos tuvo su fundamento teórico en la «doctrina del derecho penal-administrativo», elaborada por GOLDSCHMIDT a principios de siglo, y desarrollada y dotada de una fundamentación filosófico-jurídica por Erik WOLF (22). Esta doctrina, cuyas posteriores elaboraciones se deben fundamentalmente a Eberhard SCHMIDT, LANE, MICHELS y MEZGERBLEI, pretendió establecer una diferenciación cualitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, de tal manera que, según expresión de E. SCHMIDT, los comportamientos disciplinados en las leyes de despenalización serían «éticamente indiferentes», mientras que los comportamientos penalmente sancionados resultarían ofensivos a la moral social (23).

Las primeras leyes despenalizadoras (la ley penal económica de 1949 y la ley sobre infracciones de orden de 1952) respondían a esta concepción y así, la ley de 1949 definía en su artículo 3 el ilícito penal como aquellos comportamientos «susceptibles por sus dimensiones, de influir de modo considerable sobre las finalidades del ordenamiento económico, en especial del vigente orden de mercado y de la normal evolución de los precios (...)», considerando que «en los demás casos, el ilícito constituye *ordnungswidrigkeit*».

Pero los criterios cualitativos de distinción del ilícito penal y del administrativo, que surgieron para desgajar del ámbito penal algunos supuestos determinados de infracciones, no hicieron fortuna (24) por las contradicciones que en sí mismos entrañaban y porque la propia evolución del proceso despenalizador se ha orientado, guiado por exigencias garantizadoras, hacia criterios y principios penalísticos que han venido a confirmar la identidad sustancial de los dos órdenes punitivos.

El legislador de 1968 optó en este sentido por una definición meramente formal del ilícito administrativo: «constituye ilícito administra-

(21) Ambas leyes se encuentran traducidas al italiano: la primera ha sido traducida parcialmente por LANZI y publicada en *Indice penale*, 1976, págs. 470 y ss., y la segunda, a cargo de Mariavaleria DEL TUFO, ha sido publicada en la «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1981, págs. 1094 y ss.

(22) Véanse James GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrfrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete Zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la ed. de Berlín, 1902, Scientia Verlag Aalen, 1969, y Erik WOLF, «Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem», en *Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag*, reimpresión de la ed. de Tubinga, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 518 y ss. (obras citadas por J. CEREZO MIR, en *Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en «Anuario de Derecho Penal», 1975, págs. 159 y ss.).

(23) E. SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrfrecht*, 1950. Véase M. SINISCALCO, *ob. cit.*, págs. 26 y 27.

(24) Señala, en este sentido, CEREZO MIR que «hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo», y cita a numerosos autores que corroboran esta afirmación (*ob. cit.*, pág. 166).

tivo (*ordnungswidrigkeit*) un hecho antijurídico y culpable que integra el tipo de una ley para el cual está establecida una pena pecuniaria (*Geldbusse*)» (art. 1.º).

En cuanto al análisis del contenido esencial de la Ley general sobre las *ordnungswidrigkeiten* (25), hay que señalar, en primer lugar, el marcado corte penalístico de la primera parte («Disposiciones generales»), en la cual se regulan los principios rectores que han de presidir la configuración y aplicación de la sanción administrativa. El principio de legalidad se configura así de modo amplio y preciso: reserva de ley en el plano de las fuentes, irretroactividad en el plano de la sucesión de las leyes en el tiempo, y prohibición de la analogía en el plano de la interpretación (parágrafos 3.º a 5.º). Se recogen asimismo las reglas penalistas de la culpabilidad (parág. 10.º: «Como ilícito administrativo solo puede ser castigado un hecho doloso, salvo los casos en los que la ley expresamente conmine la pena pecuniaria administrativa por un hecho culposo»), de la imputabilidad (con exclusión de los menores y los enfermos mentales, parág. 12.º), de la tentativa (parág. 13.º), de las causas de exclusión de la responsabilidad (parágrafos 15.º y 16.º: estado de necesidad y legítima defensa), del concurso de infracciones (parágrafos 19.º a 21.º), etc.

En lo que se refiere a la disciplina procedimental, regulada en la parte segunda de la Ley («Procedimiento para la irrogación de la pena pecuniaria administrativa»), la competencia para perseguir los ilícitos administrativos se otorga a la autoridad administrativa, salvo en determinados casos en los que se prevé la intervención directa de la autoridad judicial, la cual es igualmente competente en los supuestos de conexión objetiva o subjetiva del ilícito con un delito. El proceso de aplicación de la pena pecuniaria presenta, como han señalado DOLCINI y PALIERO, «un elevado grado de jurisdiccionalización» (26). En el mismo se aplican—salvo la disciplina prevista en la Ley de despenalización— las leyes generales sobre el proceso penal, y contra la resolución administrativa de condena se prevé la posibilidad de recurso suspensivo ante el juez penal.

En Italia, el proceso despenalizador siguió los pasos alemanes, y se concretó por primera vez en la Ley de 3 de mayo de 1967 de «Modificaciones al sistema sancionador de las normas en materia de circulación por carretera y de los reglamentos provinciales y comunales», a la que siguieron la ley de 9 de octubre de 1967 sobre «Sanciones para los infractores de las normas de policía forestal» y, con carácter general, la ley de 24 de diciembre de 1975, que extendió el proceso despena-

(25) Véanse E. DOLCINI y C. E. PALIERO, *Illecito amministrativo (ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1980, págs. 1139 y ss.; Marco SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit., págs. 28 y ss., y, en nuestro país, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, págs. 138 y ss.

(26) *Illecito amministrativo...*, cit., pág. 1147.

lizador a todas las contravenciones castigadas solamente con la pena pecuniaria (27).

Este proceso despenalizador ha tenido su culminación en la ley de 24 de noviembre de 1981 (de «Modificaciones al sistema penal»), que en su Capítulo I introduce una disciplina unitaria, en el plano sustancial y procedimental, aplicable a todas las infracciones para las cuales está prevista la sanción administrativa del pago de una suma de dinero, tanto respecto a los ilícitos despenalizados como a aquellos de naturaleza originariamente administrativa, con excepción de las infracciones disciplinarias y salvo disposición en contrario (28).

En el ámbito sustancial, la sección I del capítulo I (*principi generali*) contiene una auténtica «parte general» del ilícito administrativo, modelada esencialmente conforme a principios y esquemas de naturaleza penal con limitadas intrusiones civilísticas (29). Pueden citarse así los

(27) Sobre estas normas despenalizadoras pueden consultarse las siguientes obras: Vittorio BACHELET, «Problemi e prospettive della "depenalizzazione": delle infrazioni in materia di circolazione stradale», en *Studi in memoria di C. Esposito*, 1974, vol. IV, págs. 2233 y ss.; E. LUPO, *La recente legge sulla depenalizzazione: un passo troppo timido*, en «Giustizia e Costituzione», 1976, págs. 67 y ss.; F. PEZZOTTI, *Depenalizzazione delle contravvenzioni punibili con l'ammenda (note e commento alla legge 24 dicembre 1975, n. 706)*, en «Giustizia Penale», 1977, II, págs. 525 y ss.; Fulvio LIVIGNI, *Depenalizzazione delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda nella Legge 24 dicembre 1975 n. 706*, en «Giustizia Penale», 1977, I, págs. 28 y ss.; Jaime PERIS RIERA, *ob. cit.*, págs. 55 y ss.

(28) La doctrina italiana ha dedicado gran atención a la Ley 689/1981, dada su importancia innovativa tanto en el campo administrativo como en el penal. (Los capítulos II-VI de la Ley realizan sustanciales reformas del sistema penal, con la introducción, incluso, de instituciones nuevas en el ordenamiento jurídico italiano, como son la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad breves por la semidetención, la libertad controlada y la pena pecuniaria.) Sobre las disposiciones de la Ley relativas a la despenalización, véanse L. F. DI NANNI, G. FUSCO y G. VACCA, *Depenalizzazione e sanzioni amministrative*, Ed. Jovene Editore, 1982; Raffaele BERTONI, Giorgio LATTANZI, Ernesto LUPO y Luciano VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, n. 689*, tomo I: «Depenalizzazione e illecito amministrativo», Ed. Giuffrè, Milán, 1982; Emilio DOLCINI, Angelo GIARDA, Francesco MUCCIARELLI, C. E. PALIERO y Elena RIVA GRUGNOLA, *Comentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Ed. Ipsoa Informativa, Milán, 1982; varios autores, *Commenti articolo per articolo della L. 24/11/1981 n. 689*, en «Legislazione Penale», 1982, págs. 205 y ss.; Sergio VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Ed. CEDAM, Padua, 1983; Marco SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit.; C. E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima «codificazione del diritto penale amministrativo in Italia»*, en «Politica del Diritto», núm. 1, 1983, págs. 117 y ss.; varios autores, *Le modifiche al sistema penale nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, Actos de la Convención realizada en la Universidad de Cagliari en los días 15 y 16 de octubre de 1982, Ed. Jovene Editore, Nápoles, 1984.

(29) Destacan en este sentido los supuestos de responsabilidad solidaria y de responsabilidad de las personas jurídicas del artículo 6 de la Ley:

«1. El propietario de la cosa que sirvió o que fue destinada a cometer la infracción o, en su lugar, el usufructuario o, si se trata de un bien inmueble, el titular de un derecho personal de goce, está obligado solidariamente con el autor de la infracción al pago de la suma debida por éste, a menos que demuestre que la cosa fue utilizada contra su voluntad.

Si la infracción hubiera sido cometida por persona capaz de obrar pero sujeta a la autoridad, dirección o vigilancia de otra, la persona revestida de la autoridad o encargada de la dirección o de la vigilancia está obligada solidariamente con el autor

principios de legalidad (art. 1), imputabilidad penal (30), culpabilidad (art. 3) y no transmisibilidad de la sanción a los herederos (art. 7).

En el plano procedimental-procesal, la sección II (titulada *Applicazione*) regula, en primer lugar, la fase del procedimiento sancionador que se realiza por la autoridad administrativa mediante un procedimiento de este tipo, con la excepción de la determinación de la sanción, que, aunque efectuada por la misma autoridad administrativa, sigue criterios ajenos a los módulos administrativos, acercándose más a los penales (gravedad de la infracción, conducta desplegada por el agente a fin de eliminar o atenuar las consecuencias de aquélla, su personalidad y sus condiciones económicas). En cuanto al sistema de garantía del particular frente a la aplicación de la sanción administrativa, la tutela jurisdiccional de sus derechos patrimoniales se realiza a través de un juicio de naturaleza civil atribuido a la competencia del *pretore* o juez de primera instancia, el llamado *giudizio di opposizione* que ha demostrado desde la ley de 1967 su eficacia y que se mantiene con algunas modificaciones tendentes a incrementar los poderes del juez civil.

V. INEXISTENCIA EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS DE UN AUTÉNTICO DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO, LA CREACIÓN DE UN «SUBSISTEMA PENAL» ESPECIAL PARA LOS ILÍCITOS MENORES

En el Derecho francés se eliminaron los ilícitos administrativos sancionados directamente por la Administración con el paso del Antiguo Régimen al nuevo sistema surgido de la Revolución, y aunque en la Segunda Guerra Mundial el Régimen de Vichy, ante las exigencias de la guerra, volvió a establecerlos especialmente en materia de orden público y de delitos económicos, con la vuelta a la normalidad se restringió de nuevo el campo de las sanciones castigadas por la autoridad administrativa, de tal forma que, fuera del sistema judicial común, sólo se mantuvieron —aparte del poder disciplinario— las llamadas contravenciones *dè grande voirie* (dominio público mayor) y determinadas infracciones tributarias, y ello, además, con importantes matizaciones (31).

de la infracción al pago de la suma debida por éste, a menos que demuestre que nada pudo hacer para impedir el hecho.

3. Si la infracción hubiese sido cometida por el representante o dependiente de una persona jurídica o de un ente que carezca de personalidad jurídica o, incluso, de un empresario, en el ejercicio de sus funciones y tareas, la persona jurídica, o el ente o el empresario, está obligada solidariamente con el autor de la infracción al pago de la suma debida por éste.»

Sobre este precepto, véase J. SUAY RINCÓN, *ob. cit.*, págs. 133 y ss.

(30) Artículo 2.1: «No puede imponerse una sanción a quien en el momento de cometer el hecho no haya cumplido los dieciocho años o no tenga, de acuerdo con los criterios indicados en el Código penal, capacidad de obrar, a menos que el estado de incapacidad sea debido a su culpa o producto de su propia conducta.»

(31) Véanse Jacques MOURGEON, *La repression administrative*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1967; Roger MERLE y André VITU, *Traité de Droit Criminel, Procedure pénale*, 3.ª ed., Ed. Cujas, 1979; Marco SINSICALCO, *Depena-*

En lo que se refiere a las infracciones *de grande voirie* (32), no hay competencia sancionadora de la Administración activa, que se limita a instruir el expediente de constatación de los hechos constitutivos de infracción, remitiendo el expediente para su resolución a los tribunales administrativos; esto es, a la jurisdicción contencioso-administrativa por medio del denominado contencioso de represión (33). Estamos así, en realidad, ante una potestad sancionadora de carácter jurisdiccional.

En cuanto a las infracciones tributarias, éstas plantean una problemática esencialmente distinta a la del resto del Derecho sancionador (34). Partiendo de la doble concepción de la infracción fiscal como violación del deber general de participación en las obras comunes y como privación a las autoridades administrativas de las prestaciones económicas necesarias para su funcionamiento (35), se otorga a la Administración tributaria una competencia para reaccionar ante las infracciones fiscales de menor gravedad de la que carecen las demás autoridades administrativas.

El *Code Général des Impôts* regula en el Capítulo II del Libro II las llamadas *sancions fiscales*, que comprenden una serie de medidas diversas (multas, recargos, intereses de demora) que se aplican a las infracciones fiscales caracterizadas por una declaración tardía o insuficiente y varían según exista buena o mala fe por parte del contribuyente. La aplicación de estas penalidades corresponde a la Administración de Hacienda de modo discrecional, y su contencioso, tras una reclamación previa a la autoridad administrativa (la llamada «jurisdic-

lizzazione e garanzia, cit.; Heinz MATTES, *ob. cit.*, págs. 379 y ss., y, en nuestro país, J. R. PARADA, *El poder sancionador de la Administración...*, cit., págs. 43 y ss.

(32) La *grande voirie*, o dominio público mayor, está constituida por las costas, riberas, puertos, líneas de comunicaciones, ferrocarriles, carreteras nacionales y departamentales, etc., y se contraponen a la *petite voirie*, que comprende las vías públicas vecinales y municipales, provinciales y semejantes. Véase H. MATTES, *ob. cit.*, pág. 437. Destaca PARADA cómo la participación administrativa en la represión de las infracciones de *grande voirie* constituye, en Francia, un «residuo histórico de las funciones garantizadoras que correspondían a los intendentes del Antiguo Régimen en auxilio de sus propias competencias sobre apertura y conservación de los caminos, en cuyo ejercicio fracasaron, tras la Revolución, los tribunales penales, por lo que se atribuyó definitivamente a la Jurisdicción Administrativa (Consejos de Prefectura)», y cómo, en nuestro país, «un contencioso de la represión con el mismo ámbito se intentó establecer en el Proyecto Silveira de 1838» [*Derecho Administrativo (parte general)*, cit., pág. 331].

(33) Véase J. R. PARADA, *El poder sancionador...*, cit., págs. 49 y 50. Como señala este autor, la facultad de imponer sanciones de los tribunales contencioso-administrativos constituye una excepción a su carácter revisor de actuaciones ya cumplidas o decididas por la Administración activa. «No hay en este contencioso acto previo (sancionador había de ser) de la Administración. Se trata, en suma, de una supervivencia del inicial carácter plurifuncional de la jurisdicción contenciosa, que está presente en sus orígenes...»

(34) H. MATTES, *ob. cit.*, pág. 436. Sobre las infracciones tributarias en Francia, véanse, también, Gilbert TIXIER, *Droit Penal Fiscal*, Ed. Dalloz, París, 1980; Louis TROTABAS y Jean-Marie COTTERET, *Droit Fiscal*, 5.ª ed., Ed. Dalloz, 1985; F. PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, págs. 241 y ss.

(35) Véase Jacques MOURGEON, *La repression administrative*, cit., pág. 165.

ción contenciosa»), y en caso de no obtener en ella satisfacción, corresponde a los tribunales administrativos (36).

Hay que señalar, sin embargo, que el carácter sancionador de estas medidas no siempre está claro, existiendo distintas posiciones doctrinales al respecto.

Para L. TROTABAS y J. M. COTTERET (37), en los supuestos de buena fe no se puede hablar propiamente de sanciones, sino que estamos ante unas medidas de carácter resarcitorio tal como se deduce de su propia denominación como indemnizaciones o intereses de demora (arts. 1.827 y 1.728, entre otros). Por el contrario, si el contribuyente actúa de mala fe, nos encontramos ante unas medidas auténticamente sancionadoras: las llamadas *majorations* («recargos»), que incrementan, respecto a las anteriores, el porcentaje aplicable a las cantidades de los derechos eludidos (art. 1.729). Otra sanción fiscal es la denominada *amende fiscale*, constituida por penalidades fijas aplicables a determinadas infracciones de naturaleza formal (v. gr., retraso en la presentación de documentos, art. 1.725). Hay que señalar, por último, que la llamada imposición de oficio, aplicable a los supuestos de omisión de declaración cuando así lo establecen las leyes (38), supone siempre la imposición de un interés de demora no inferior al 10 por 100 de la deuda y que puede aumentarse al 25 por 100 si no se produce la declaración en un plazo de treinta días desde el requerimiento de la Administración, y a un 100 por 100 si tras un nuevo requerimiento transcurre igual plazo sin que se produzca (art. 1.733-1). La elevada cuantía de estos intereses entraña, a juicio de estos autores, una finalidad eminentemente aflictiva.

Pero existe también otra corriente doctrinal, encabezada por Jacques MOURGEON (39), para la cual todas estas medidas represivas constituyen únicamente acciones resarcitorias de la Administración, y el hecho de que en los supuestos de *amendes* o *majorations* la penalidad impuesta no se corresponda con el derecho dejado de percibir por el fisco se debe a que se trata de supuestos (declaraciones insuficientes o inexactas, retrasos en el pago, defectos formales, etc.), en los que la evaluación exacta del daño resulta, en principio, imposible de realizar, por lo que se acude a la determinación a tanto alzado (*forfaitaire*) de la indemnización procedente. En apoyo de esta tesis se esgrime, además, el argumento de que, en contra del principio de personalidad de las penas que rige en el derecho administrativo represivo al igual que en el derecho penal, la deuda fiscal se trasmite a los herederos del contribuyente, junto con las sanciones aplicables a éste (40).

(36) Véase L. TROTABAS y Jean-Marie COTTERET, *ob. cit.*, págs. 328 y ss.

(37) *Ob. cit.*, pág. 54.

(38) Así, p. ej., artículos 58, 59 y 104 del CGI, para los beneficios profesionales, y artículo 223.1 para el impuesto de sociedades.

(39) *Ob. cit.*, págs. 165 y ss.

(40) Artículo 1742 del CGI. Este hecho no puede, sin embargo, a nuestro entender, considerarse como un argumento decisivo a favor de la naturaleza no represiva de estas medidas, pues constituye una de las situaciones de indefensión del particu-

Para autores como WALINE (41) o H. MATTES (42), por último, las diversas medidas con que cuenta la Administración para luchar contra el fraude fiscal constituyen diversos tipos de «penalidades», que tienen en común su doble naturaleza de pena y de indemnización jurídico-civil, fundada en la doble posición del Estado como titular de la pretensión penal y portador del bien jurídico atacado.

De esta forma, y salvando, en todo caso, el supuesto especial de las penalidades fiscales analizado, la Administración activa sólo conservó en Francia potestad represiva en el ámbito de las sanciones disciplinarias (43), a las que se pueden añadir determinadas sanciones interdictivas, como el cierre provisional de un establecimiento o la privación del permiso de conducir (44). Fuera de estos casos, la potestad sancionadora tiene un carácter eminentemente jurisdiccional, estando encomendada, según la gravedad del ilícito, a los tribunales correccionales (crímenes y delitos), a los tribunales de policía (Contravenciones) (45) y al Contencioso de la Represión (Contravenciones de *grande voirie*).

lar ante la actuación de la Administración, cuya eliminación pasa precisamente por la aceptación de la naturaleza represiva, sustancialmente idéntica a la penal, de la potestad sancionatoria administrativa.

(41) M. WALINE, *Nature juridique des pénalités fiscales*, en «Revue de Science et de Legislation Financière», 1949, págs. 14 y ss.

(42) H. MATTES, *ob. cit.*, pág. 436. En nuestro país recoge esta tesis SUAY RINCÓN, *ob. cit.*

(43) Sobre las sanciones disciplinarias en Francia, véanse MOURGEON, *ob. cit.*, y, citadas por SUAY RINCÓN (*ob. cit.*), las obras de F. DELPERÉE, *L'elaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, Librairie Générale du Droit et Legislation, 1969 (aunque belga, este autor es perfectamente conocedor de la realidad francesa, cuya influencia en su investigación es muy acusada), y J. M. DE FORGUES, *Droit de la fonction publique*, PUF, París, 1986, págs. 167 y ss.

(44) Respecto a estas sanciones, señala BENOIT que la competencia de la Administración podría considerarse como la mera constatación de una incapacidad, revelada por la infracción, para administrar legalmente un comercio o para conducir un vehículo, pero el régimen de estas sanciones no permite sostener este punto de vista, pues «pone de manifiesto que se le ha otorgado con vistas a instituir una pena suplementaria, que se añade a las penales ordinarias», de tal forma que mediante dichas sanciones «la Administración no se limita a retirar una autorización, sino que condena» (*El Derecho administrativo francés* —traducción española de R. GIL CREMADOS—, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pág. 672).

(45) En el Código Penal francés se realiza una clasificación tripartita de los ilícitos basada en la gravedad de los hechos, distinguiéndose entre crímenes, delitos y contravenciones (también denominadas contravenciones de policía). En los crímenes y en los delitos juzgan los tribunales correccionales (según el artículo 381 del *Code de procedure pénale*, están dotados de tres jueces y, en el caso de los crímenes, juzga, según los artículos 231 y ss. del C.p.p., el tribunal de jurados, dotado con tres jueces y nueve jurados), y para las contravenciones son competentes los tribunales de policía, constituidos por un juez unipersonal, el juez de policía. Véase Heinz MATTES, *ob. cit.*, págs. 380 y ss.

Según el artículo 521 del C.p.p., «son contravenciones las infracciones que la ley castiga con una pena igual o menor a dos meses de prisión o a una multa igual o menor a 6.000 F., haya o no confiscación de bienes y cualquiera que sea el valor de los mismos». Sobre el concepto y la represión de las contravenciones, véanse Paul HEITZMAN, *De la notion de contravention*, Ed. Société d'Impressions Typographiques, Nancy, 1938; François CHABAS, *La notion de contravention*, en «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1969, págs. 8 y ss.

Pero en Francia, al igual que en el resto de los países europeos, la multiplicación de los ilícitos de gravedad menor ha hecho sentir la necesidad de acelerar los trámites para su represión, a fin de evitar un bloqueo por exceso de trabajo de los órganos de justicia. Esta finalidad no se ha perseguido, como en Italia o Alemania, mediante un proceso despenalizador destinado a trasladar ilícitos penales de menor importancia al ámbito administrativo, aunque en algunos supuestos puntuales, como la represión de la publicidad ilícita o de la concentración de empresas y el abuso de la posición dominante, se han vuelto a otorgar facultades punitivas a la Administración (46). Pero, en general, la búsqueda de un proceso represivo más eficaz para los ilícitos menores se ha encauzado fundamentalmente a través de una serie de modificaciones introducidas durante la V República dentro del propio proceso penal de las contravenciones, creándose así, de hecho, un «subsistema penal» especial para dichos ilícitos (47). Entre estas innovaciones pueden destacarse las siguientes:

— La no exigencia del principio de reserva de ley en el campo de las contravenciones. El artículo 34, apartado segundo de la Constitución, no cita las contravenciones entre las materias reservadas a la Ley y, en consecuencia, el artículo R. 25 del Código Penal, introducido por la Ordenanza número 58-1.303, de 23 de diciembre de 1958, establece que los tipos y las penas de las contravenciones se fijarán por vía reglamentaria (48). De esta forma, el Gobierno puede definir infracciones a las que se conectan automáticamente las sanciones previstas en el Código Penal. Ello se debe —como señala H. MATTES— a que «como la nueva Constitución —de 1958— concede al Gobierno un extenso derecho (autónomo) para legislar, tenía que otorgarle también, para ser consecuente, una facultad de dictar normas penales para poder procurar el necesario robustecimiento de los preceptos que dicte» (49).

— La ampliación del ámbito de las penas contravencionales, con la inclusión de hechos que hasta entonces constituían delitos menos graves. Al mismo tiempo, se ha atenuado la exigencia de culpabilidad en este tipo de ilícitos, de tal manera que frecuentemente no se requiere el elemento psicológico, fundándose la imputación en el criterio de la responsabilidad objetiva (50).

— Y en el ámbito procesal, que es donde naturalmente más ha repercutido esta tendencia a la «simplificación», destaca sobre todo el establecimiento, junto al proceso normal de las contravenciones, de uno simplificado, el procedimiento por *ordonnance pénale* introducido

(46) Véase J. SUAY RINCÓN, *ob. cit.*

(47) M. SINISCALCO, *ob. cit.*, pág. 37.

(48) De acuerdo con dicho precepto, «las contravenciones de policía y las penas que le son aplicables en los límites fijados por los artículos 465 y 466 del Código Penal, son determinadas por decretos aprobados en las formas previstas para los reglamentos de Administración pública».

(49) *Ob. cit.*, pág. 398.

(50) Véase SINISCALCO, *ob. cit.*, pág. 37.

en el Código de procedimiento penal (C.p.p.) por la ley de 3 de enero de 1972 «*tendant à simplifier la procédure en matière de contraventions*», mediante el cual se obtiene la reducción al mínimo de la fase instructora y la eliminación total del plenario condicionada a la ajuescencia del inculpado al auto u *ordonnance pénale* de condena emitida por el juez, de tal manera que sólo tiene lugar el juicio oral si el condenado lo solicita, mientras que en caso contrario la *ordonnance* adquiere valor de título ejecutivo, como si fuese una sentencia normal.

Se trata así, en palabras de Jean PRADEL, de «un procedimiento sumario, sin audiencia, más administrativo que judicial, más rápido y menos oneroso» que el proceso penal ordinario (51).

De este modo, las medidas de simplificación y agilización del procedimiento sancionador para los ilícitos de menor gravedad se han tomado en el interior del sistema penal, no existiendo un auténtico Derecho sancionador administrativo. La Administración está, sin embargo, presente en el proceso penal (52), pues puede, a título excepcional y en condiciones particulares, ejercer la acción pública para la persecución de las contravenciones que lesionan intereses a su cargo (53), y en otros casos, intervenir en el proceso, bien como parte civil, bien porque debe ser escuchada obligatoriamente (54). A ello hay que añadir que el ejercicio de determinadas funciones jurisdiccionales se encomienda, en el sistema penal francés, a órganos de la Administración. Así, en los tribunales de policía, ejercen el ministerio fiscal los comisarios u oficiales de policía y, en casos excepcionales, el alcalde del lugar de residencia del tribunal o uno de los tenientes de alcalde (55).

(51) J. PRADEL, *Droit pénal, procédure pénale*, tomo II, 2.^a ed., Ed. Cujas, París, 1980.

(52) Sobre la intervención de la Administración en el procedimiento penal, véanse G. STEFANI, G. LEVASSEUR y B. BOULOC, *Procédure pénale*, 11.^a ed., Ed. Dalloz, París, 1980; G. LEVASSEUR y A. CHAVANE, *Droit pénale et procédure pénale*, 3.^a ed., Ed. Sirey, 1972; J. R. PARADA, *El poder sancionador...*, cit., págs. 55 y 56.

(53) Pueden ejercer la acción pública:

— La Administración de los impuestos indirectos, en lo que concierne a las contravenciones tributarias, para la aplicación de las penas pecuniarias (cuando la pena es de prisión, la acción pública está reservada al ministerio fiscal) (Ley de 21 de junio de 1973, art. 15; arts. 1867 y 1868 del Código General de los Impuestos).

— La Administración de Aduanas, para las contravenciones de esta clase (con exclusividad para las contravenciones sometidas al tribunal de policía y concurrentemente con el ministerio fiscal para las que son competencia del tribunal correccional) (art. 343 del Código de Aduanas).

— La Administración de Puentes y Caminos, para las contravenciones consistentes en ataques a la conservación de las vías públicas (arts. 5.^o y 7.^o de la Ordenanza 58-1351, de 27 de diciembre de 1958).

— La Administración de Aguas y Bosques, en lo que concierne a las contravenciones forestales y de pesca, cualquiera que sean las penas aplicables (arts. 34, 39 y 45 del C.p.p. y arts. 105 del Código Forestal y 446 del Código Rural).

(54) STEFANI y LEVASSEUR, *ob. cit.*, pág. 108.

(55) Artículos 45 a 48 C.p.p. Véase J. R. PARADA, *ob. ult. cit.*, pág. 56. Señala también este autor la atribución del carácter inequívoco de policía judicial —por el número 3.^o de los artículos 15 y 28 del C.p.p.— «a los funcionarios y agentes a los que la ley encomienda ciertas funciones de policía judicial...». Puede señalarse así, a título

La Administración puede además, en determinados supuestos y siempre que el inculpado lo acepte voluntariamente, aplicar por sí misma las sanciones penales y extinguir así la acción pública por medio de las instituciones de la *Transaction* y de la multa a *forfait*. La *Transaction* (56) es una institución excepcional que opera fundamentalmente en aquellos supuestos —de igual modo excepcionales— en los que la Administración es competente para castigar las infracciones que lesionan los intereses que tiene encomendados o puede ejercer la acción pública para instar su persecución penal, supuestos en los que el desarrollo del proceso presenta ciertas particularidades derivadas de la doble condición de defensora del interés público y de su interés particular con que actúa. Así, a diferencia del Ministerio fiscal que no dispone de la acción pública, la Administración tiene el poder de detener esta acción realizando una «transacción» con el culpable (57). Mediante esta institución, la Administración consiente al contraventor una atenuación de las sanciones que le han sido impuestas o que le corresponderían por la infracción cometida (58) y, en su caso, renuncia

ilustrativo, la ley número 60-708, de 22 de julio de 1960, sobre la creación de parques nacionales, cuyo artículo 7.º establece que «las infracciones cometidas en estos parques en materia forestal, de caza o de pesca, son constatadas por agentes jurados comisionados del Ministerio de Agricultura (...)».

(56) Sobre esta institución, véanse J. F. DUPRE, *La Transaction en matière pénale*, Ed. Librairies Techniques, París, 1977; J. MOURGEON, *ob. cit.*, págs. 313 y ss. y 400; G. LEVASSEUR y A. CHAVANE, *Droit pénal et procédure pénale*, 3.º ed., Ed. Sirey, 1972; R. MERLE y A. VITU, *Traité de Droit criminel, procédure pénale*, 3.º ed., Ed. Cujas, 1979, págs. 73 y ss.; H. MATTES, *ob. cit.*

(57) Sólo en las contravenciones a la legislación económica se admite la transacción administrativa a instancias del Ministerio fiscal, constituyendo esta institución la única *suite administrative* o posibilidad que le resta a la Administración de influir en la imposición de las penas económicas, sobre las que en el pasado tuvo una amplia jurisdicción. No se trata, sin embargo, de una incidencia irrelevante, dado que gran parte de los delitos económicos terminan en la vía de la transacción administrativa (véase H. MATTES; *ob. cit.*, pág. 445).

La legislación reconoce este derecho de transacción a ciertas Administraciones fiscales (contribuciones indirectas y Aduanas: art. 1879 del CGI, completado por el artículo 408 del anexo III a este Código, y art. 350 del Código de Aduanas, completado por los decretos de 27 de marzo de 1956 y 27 de junio de 1975) para las contravenciones tributarias; a la Administración de las aguas y los bosques (art. 105 del Código Forestal) para las contravenciones de *grande voirie*; a la Administración de Correos y a la de Radiotelevisión (art. 128 de la Ley de 30 de mayo y art. 67 de la Ley de 23 de febrero de 1963, respectivamente) para las contravenciones en estos ámbitos; y, por último, a la Administración de la competencia y el consumo (arts. 19 y 23 de la Ordenanza núm. 45-1484, de 30 de junio de 1945, completados por el decreto de 11 de septiembre de 1965) para las infracciones a la legislación económica.

(58) La transacción puede operar en la generalidad de los casos antes o después de que haya recaído sentencia judicial, siempre que, en este último caso, la condena no sea definitiva por haber expirado los plazos de recurso o porque la instancia administrativa o judicial haya pronunciado una decisión irrevocable. Los efectos de la transacción varían en ambos casos, pues cuando interviene antes del juicio extingue totalmente la acción pública tanto en lo que concierne a las penas pecuniarias como a las penas de prisión, mientras que cuando ha recaído condena sólo tiene efecto respecto a las penas pecuniarias, dejando subsistentes las penas de prisión pronunciadas (art. 105 del Código Forestal de 29 de octubre de 1952; art. 350, párrafo 3, del Código de Aduanas de 1938; art. 1879 del CGI).

a llevar el asunto ante los tribunales. Por su parte, el contraventor beneficiario de la transacción, si la acepta (59), se compromete a pagar al Tesoro, a título de sanción, además de los derechos y gastos eventualmente exigibles, la suma determinada por la Administración, y renuncia a la iniciación o prosecución de todo procedimiento contencioso relativo a las penalidades objeto de transacción y a los derechos a ellas concernientes.

En cuanto a la *amende forfaitaire* o multa a tanto alzado, denominada también por la doctrina *oblation volontaire*, es una institución que permite al contraventor evitar el procedimiento ante el tribunal de policía, e incluso la aplicación del procedimiento simplificado de la *ordonnance pénale*, pagando una multa a los agentes de la Administración calculada según tarifas a tanto alzado variables según la naturaleza de la infracción (arts. 529 y 530.2 del Código de procedimiento penal) (60). Fue introducida por un Decreto-ley de 28 de diciembre de 1926 para las infracciones de circulación y se extendió después a otras contravenciones leves (61).

VI. LÍNEAS DE TENDENCIA COMUNES EN EL DERECHO EUROPEO: EFICACIA Y GARANTÍAS EN LA REPRESIÓN DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Aunque en el plano clasificatorio y formal, en los distintos sistemas jurídicos europeos se mantienen posiciones claramente contrapuestas en lo que a la represión de los ilícitos administrativos se refiere, en realidad la *ratio* de todos ellos es coincidente. Desde el punto de vista de las garantías, el sistema francés para la represión de las contravenciones resulta claramente inferior al penal «clásico» en beneficio del principio de eficacia, mientras que los sistemas alemán e italiano tienden, por el contrario, a incorporar mecanismos garantistas al sistema «despenalizado-administrativo», acercándolo así al penal. Señala en este sentido SINISCALCO que «la posición francesa, que ha construido dentro del sistema penal dos subsistemas (...), tiende en definitiva a resultados

(59) En contra de lo que parece deducirse de la denominación de «transacción» que tiene esta figura, el contraventor no puede, en realidad, más que adherirse o rechazar la propuesta, y sus posibilidades de incidir en la misma son mínimas. Sólo le cabe acompañar el rechazo de la transacción de observaciones tendentes a obtener una revisión de la propuesta, y si la Administración estima que tales observaciones aportan elementos nuevos que inciden sobre el fondo del asunto y que podrían entrañar una modificación de las condiciones de transacción inicialmente establecidas, se procede a reabrir el expediente y, en su caso, a formular una nueva oferta.

(60) Sobre esta institución, véanse R. LEGEATS, *L'oblation volontaire et l'ammende à composition ou les procédures sans débats en Droit pénal français*, en «Revue Internationale de Droit Pénal», 1962, págs. 449 y ss.; M. SINISCALCO, *ob. cit.*, pág. 37; H. MATTES, *ob. cit.*, pág. 396; J. PRADEL, *ob. cit.*, pág. 581.

(61) La aplicación de la multa *a forfait* se amplió a la policía de transportes públicos (Decretos-ley de 30 de junio de 1934 y 30 de octubre de 1935, y Orden de 5 de mayo de 1945) y de las vías navegables (Decreto-ley de 30 de octubre de 1935), y a la coordinación de los transportes por carretera y por ferrocarril (Decreto-ley de 11 de noviembre de 1936 y textos posteriores).

no divergentes, en el plano «efectivo», de aquellos a los que llegan los ordenamientos que han construido el sistema «despenalizado-administrativo» (62). Se trata, en definitiva, en todos los ordenamientos jurídicos, de lograr un adecuado equilibrio entre los principios de eficacia y de salvaguarda de las garantías individuales que exige la represión de este tipo de ilícitos.

En aquellos ordenamientos del Derecho Comparado en los que, como en el nuestro, la Administración ostenta potestad sancionadora, ya sea de modo originario (Austria, Suiza) o como consecuencia de la despenalización (Alemania, Italia), pueden concretarse aún más, siguiendo a PALIERO (63), sus puntos coincidentes:

I. El Derecho sancionador administrativo constituye un elemento de control social «alternativo» al Derecho penal y destinado a complementar la tutela de los bienes jurídicos mediante la represión de los ilícitos de menor relevancia social. Es esta función de colaborar con la justicia en la adecuada prevención y punición de los ilícitos menores la que justifica el establecimiento o el mantenimiento de la potestad sancionadora de la Administración.

II. En todos estos ordenamientos se ha procedido a una «codificación» del Derecho sancionador administrativo, cuyo objeto lo constituyen la «parte general» o principios rectores del ilícito administrativo y la disciplina procesal, dejándose la tipificación de las infracciones al amplio campo de la legislación especial.

Los motivos que han llevado a esta «codificación» son de índole diversa, dependiendo del momento histórico en que se realizó la elección por el modelo sancionador administrativo: en Austria, la «codificación» de 1925 fue llevada a cabo con la finalidad de dar una disciplina unitaria y de someter a un modelo garantizador la abundante y dispersa disciplina del ilícito administrativo (64), mientras que en Alemania se trataba de «inventar» una nueva figura de ilícito y la «codificación» aparecía como la mejor elección en orden a asegurar la armonización de las exigencias de eficacia represiva y de garantía individual.

Esta labor de codificación ha contribuido poderosamente a la creación de un sistema sancionador administrativo unificado, en el que se limita tanto el instrumento sancionador —restringido prácticamente a las sanciones pecuniarias, al decomiso y a algunas penas accesorias restrictivas de derechos (v. gr., la suspensión del carnet de conducir prevista en las legislaciones de tráfico) (65)— como la utilización del

(62) *Ob. cit.*, pág. 38.

(63) *Il «Diritto penale amministrativo»...*, cit., págs. 1278 y ss.

(64) Se trataba así, como señala PALIERO, de exigencias garantizadoras asimilables a las que, en otros ordenamientos, habían conducido a la «penalización» o represión judicial de los ilícitos de policía.

(65) PALIERO proclama, en este sentido, «el privilegio de la esfera patrimonial, si no directamente pecuniaria», en la elección, por parte de las normas despenalizadoras, de los intereses individuales conculcables por la sanción administrativa y, al

mismo por parte de la Administración, fijándose los principios y normas procesales que han de regir su imposición.

III. Se reconocen en todos los ordenamientos una serie de principios generales rectoros del Derecho sancionador administrativo que se configuran prevalentemente siguiendo el modelo penal. Pueden destacarse entre ellos el principio de legalidad (reserva de ley, irretroactividad de la norma sancionadora, prohibición de la analogía) y los principios de responsabilidad personal y de la necesaria concurrencia de dolo o culpa para apreciar la infracción.

IV. En lo que respecta al procedimiento de imposición de la sanción, puede decirse que todos los sistemas se orientan hacia la configuración de un proceso «jurisdiccional» en cuanto a que el sistema sancionador tiende a incorporar esquemas propios del procedimiento judicial (en las actuaciones instructoras, en el *iter* y en la forma de la decisión de condena, en las garantías defensivas otorgadas al inculpadó...), incluso en la fase completamente reservada a la Administración a pesar de las notas de simplificación y de celeridad procesal que la caracterizan. Luego, esta «jurisdiccionalización» puede adquirir un carácter efectivo y completo mediante el ejercicio de la posibilidad de recurrir la resolución administrativa de condena ante el juez ordinario, posibilidad ésta que constituye, para la mayoría de los países europeos, una exigencia derivada de la Convención Europea de Derechos Humanos (66).

Blanca LOZANO

mismo tiempo, el «declive» de las sanciones restrictivas de derechos (*Il «Diritto penale amministrativo»...*, cit., pág. 1281).

(66) El artículo 6.1 de la Convención de Roma dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)». Este precepto reconoce el derecho de acceso a los tribunales, y así lo ha afirmado expresamente el TEDH, entre otras, en la Sentencia Golder, de 21 de febrero de 1975. Por lo que respecta a las sanciones administrativas, el TEDH ha declarado que «el carácter general de la norma y la finalidad, a la vez preventiva y represiva, de la infracción son suficientes para establecer, a efectos del artículo 6 de la Convención, la naturaleza penal de la infracción litigiosa» y las consiguientes garantías procesales (Sentencia Oztürk, de 21 de febrero de 1984), siendo asimismo de aplicación el artículo 6.1 a las sanciones de carácter disciplinario que afecten a derechos de naturaleza civil (v., p. ej., la Sentencia König, de 28 de junio de 1978).