

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (*)

TOMAS CANO CAMPOS

1. El Derecho Administrativo suele ser definido como un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, es decir, por una serie de «privilegios en más y en menos», según la clásica expresión francesa (Rivero). Dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados.

Como señaló hace algunos años el profesor Lorenzo Martín-Retortillo («Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas», en *RAP*, 126), de una simple constatación de la realidad puede fácilmente concluirse que «allí donde hay sectores en que la Administración va a tener un mínimo protagonismo, allí aparecen, como secuela inevitable, como instrumento al parecer imprescindible, las sanciones administrativas... y se considera normal que hoy la Administración Pública, entre las potestades y prerrogativas que deben encauzar su actuación ostente la potestad sancionadora». Potestad sancionadora que, como el mismo autor reconoce, es utilizada cada vez con mayor frecuencia e intensidad, a pesar de que todavía se cuestiona su legitimidad y viabilidad, su eficacia y sus límites, convirtiéndose así en un tema de candente ac-

(*) ALEJANDRO NIETO GARCÍA: *Derecho Administrativo sancionador*, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 494 págs.

tualidad y en centro de polémicas inagotables. Quizá, tales problemas se deban, sobre todo, a la falta en nuestro país de una Ley general sobre la potestad sancionadora de la Administración y, por qué no decirlo también, a la ausencia de un verdadero Derecho Administrativo sancionador capaz de explicar dicha legitimidad, y aun necesidad, y sobre todo de precisar los requisitos y límites de su ejercicio.

Y si lo primero, por el momento, aún no ha tenido lugar (la Ley 30/1992 —en adelante LAP— en líneas generales puede suponer un avance, pero es insuficiente), lo segundo comienza a hacer acto de presencia. En efecto, el libro del profesor Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo sancionador*, de cuya segunda edición aquí damos cuenta, a buen seguro que hace honor a su nombre, ya que constituye el estudio más serio, importante y exhaustivo hasta ahora realizado de la potestad sancionadora de la Administración. Se trata de una sugerente construcción dogmática de dicha potestad que configura un auténtico Derecho Administrativo sancionador, sin la tara de la dependencia del Derecho Penal, y que nos aclara muchas de las cuestiones que hasta ahora han oscurecido a las tradicionalmente denominadas «sanciones administrativas»; un Derecho Administrativo sancionador, en definitiva, que se constituye, así, en la parcela del ordenamiento jurídico-administrativo que estudia la potestad sancionadora de la Administración. El libro de Nieto sería digno de elogio por su simple cualidad de pionero, pues hasta el momento no existía en nuestra doctrina ninguna obra en la que se expusieran de forma conjunta, sistemática y pormenorizada los problemas de la potestad sancionadora y la especificidad de los principios que rigen su actuación. Pero, como el que lea el libro puede comprobar y nosotros hemos de señalar más adelante, sería tremendamente injusto encomiar una obra como la de Nieto únicamente por ese simple dato coyuntural.

Unas breves palabras sobre esta segunda edición. Tras el previsible éxito de la primera edición, que se agotó en poco más de seis meses, la segunda edición es aprovechada por el profesor Nieto para ampliar y revisar algunas partes del libro, si bien sus ideas centrales, pese a las modificaciones introducidas, en nada han variado. Las cuestiones que han sido objeto de una mayor reelaboración, como él mismo advierte en el Prólogo, son las relativas al riesgo (cuya sede natural —dice Nieto— es la responsabilidad, «pero constituye el núcleo esencial del Derecho Administrativo sancionador»), las potestades punitivas de la Comunidad Europea y de los Entes locales, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, los intereses protegidos, y la incidencia de las técnicas concursales del Derecho Penal en el *non bis in idem*. En el plano normativo, además de la parca regulación de la LAP, ha podido manejar el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Repepos), que en algunos extremos ya se ha hecho eco de las tesis de Nieto.

2. El objetivo último que Nieto persigue con su obra es iniciar la recuperación del retraso científico «más que centenario» en que se encuentra el Derecho Administrativo sancionador respecto al Derecho Penal y al Derecho Administrativo. Y para lograr dicho objetivo nada mejor que elaborar una parte general del Derecho Administrativo sancionador que es el objeto del libro, y que Nieto no sólo cree posible y válida para todas las manifestaciones sectoriales, sino que además ha de contribuir a que «las relaciones jurídicas de represión sean más seguras, más eficaces y más satisfactorias para los interesados» (pág. 21). Un Derecho Administrativo sancionador que sea para las infracciones administrativas lo que el Derecho Penal es para los delitos.

Su tesis es que la elaboración de este Derecho Administrativo sancionador debe ser realizada con los materiales y técnicas propias del Derecho Administrativo, del que forma parte, y sobre la base de la Constitución y del Derecho Público estatal, y no desde la transposición automática de los principios del Derecho Penal, aunque sus principios y sus métodos van a ser de forma provisional y por razones de mera oportunidad, punto de referencia ineludible. En rigor, dice Nieto, no hay necesidad ni lógica ni jurídica de aplicar al Derecho Administrativo sancionador materiales y principios procedentes del Derecho Penal, aunque ello es recomendable dada su mayor maduración dogmática. Ahora bien —continúa— dicha aplicación (transitoria) debe hacerse de una forma matizada, lo que supone que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, al ámbito de las infracciones administrativas (págs. 159 y 166).

El punto de partida en el estudio y elaboración del Derecho Administrativo sancionador es la potestad sancionadora de la Administración. «En el principio de todo Derecho —dice—, están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo sancionador» (pág. 80). Esta potestad es hoy considerada por la doctrina y la Jurisprudencia (tanto constitucional como ordinaria) como parte integrante, junto a la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior y único del Estado. Pero a su juicio, la potestad sancionadora forma parte de otras potestades administrativas, en concreto de la competencia de gestión de la que es su anejo o corolario. Con esta explicación alternativa —dice— se podría construir un sistema menos rígido y más dogmático (págs. 92 y 136).

Y si el punto de partida es la potestad sancionadora de la Administración, el bloque central del Derecho Administrativo sancionador es el principio de legalidad, que es un elemento constitucional y no algo propio del Derecho Penal. Ello supone que se extiende directamente a las infracciones y sanciones,

explicándose así las características propias que sus elementos (tipicidad, reserva legal, irretroactividad, etc...) presentan en este ámbito y que se apartan notablemente del Derecho Penal.

3. Todo ello se halla estructurado en los diez capítulos de que se compone el libro. Con todo, debe señalarse que, como se encarga de indicar el propio autor, el libro no contiene una parte general del Derecho Administrativo sancionador completa, ya que, si bien desarrolla, además de las cuestiones generales, una Teoría de la potestad sancionadora y una Teoría de la infracción, faltan una Teoría de la sanción y un Derecho del procedimiento (pág. 20) (1).

No se trata de realizar aquí un resumen de cada uno de los capítulos del libro. La exhaustividad y riqueza de cuestiones y matices que encierran harían de ello una labor imposible y el resultado sería indefectiblemente pobre e incluso desfigurado. Además, ello supondría no haber aprendido una de las principales lecciones que el libro nos pretende enseñar. Por ello, nada mejor que la recomendación de la lectura de tan jugoso libro. Con la recensión lo que se pretende no es más que estimular su lectura.

Sin embargo, sí considero de interés, con el único objeto de despertar la curiosidad por su lectura, señalar, siquiera sea someramente, cuál es el punto de partida, las ideas centrales y los elementos fundamentales que, a juicio del autor, constituyen la columna vertebral de ese Derecho Administrativo sancionador levantado sobre las propias bases del Derecho Administrativo. Para ello dividiremos la exposición que sigue en un apartado relativo a la potestad sancionadora (que comprende los capítulos II, III y IV) y otro relativo a la Teoría de la infracción (principio de legalidad, capítulos V, VI, VII y IX; culpabilidad, capítulo VIII, y prescripción, capítulo X).

4. Tras poner de manifiesto en la Introducción (capítulo I) la necesidad de elaborar una parte general del Derecho Administrativo sancionador, y establecer una serie de principios y proposiciones para una política represiva eficaz que acabe con los sarcasmos y paradojas de la práctica sancionadora en España, Nieto destaca como «la clave de bóveda» del Derecho Administrativo sancionador ha de ser la potestad sancionadora de la Administración, potestad que es

(1) Cabría preguntarse sobre la posibilidad de aplicación de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, etc...) en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, y el lugar sistemático adecuado para efectuar su estudio. A mi juicio, las causas de justificación (que como sabemos no impiden la realización del tipo pero sí la presencia del hecho prohibido) también son de aplicación, con las debidas matizaciones, en el ámbito de las infracciones administrativas. Baste pensar en la persona que para trasladar urgentemente a un hospital a otra debe infringir las normas de circulación, o en la persona que, para defenderse de su ataque, da muerte a un animal catalogado en la categoría de «en peligro de extinción» o «vulnerable a la alteración de su hábitat». El lugar más adecuado para su estudio entiendo que es la Teoría de la infracción.

un anejo o corolario de la potestad de gestión y cuya existencia siempre se ha considerado obvia, como nos enseña *La Lección del Siglo XIX* (capítulo II).

Como se adelantó, la tesis hoy dominante considera que la potestad sancionadora de la Administración es parte integrante, junto con la potestad penal de los jueces y Tribunales, de un género común: el *ius puniendi* único del Estado. Tesis que se ha convertido en dogma y que a su juicio es frágil, ya que existen potestades sancionadoras en manos de estructuras supraestatales, Entes no territoriales e incluso no administrativos, y se utiliza de forma incongruente, pues no se extraen de él todas sus consecuencias. Dicho dogma, junto con la pretendida identidad ontológica de los delitos e infracciones administrativas (identidad que Nieto, en el capítulo III relativo a *La discutida sustantividad del Derecho sancionador*, se encarga de demostrar que es normativa) cumple la importante función de prestar una cobertura teórica o dogmática a la extensión de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador. Por ello entiende que en dicha tesis se deben introducir importantes correcciones: «Unas de carácter sistemático-operativo (como la vinculación directa del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Público estatal) y otras de carácter conceptual, centradas en la fibra administrativa del Derecho Administrativo sancionador que, como su mismo nombre indica, es en primer término Derecho Administrativo, enfatizando particularmente el hecho de que la potestad sancionadora es un anejo de la potestad o competencia material que actúa de matriz. Lo cual significa que no es necesario remontarse siquiera al Derecho Público estatal ni existe una subordinación por naturaleza al Derecho Penal, sino que ésta es meramente coyuntural y técnica: el Derecho Administrativo sancionador toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica» (pág. 81).

Consecuente con su tesis, Nieto aborda en el capítulo III la existencia, justificación y límites de la potestad sancionadora de la Administración. En su opinión es fundamental distinguir entre su existencia, que es indiscutible porque la CE la da por supuesta al regular en el artículo 25 ciertos aspectos concretos de su régimen, y la capacidad para su ejercicio, que considera facultativo y para el que deben cumplirse determinados requisitos, entre ellos el principio de legalidad. Por ello, para Nieto, el problema no es el de la existencia de dicha potestad sino el de su juridificación, esto es, el de buscar los límites a su ejercicio (2). Así, estudia y analiza las facultades básicas que com-

(2) En sentido similar se ha pronunciado el profesor Rubio Llorente, para quien «el problema que la potestad sancionadora de la Administración plantea al jurista no es en consecuencia hoy, en España, el de su fundamento, que en el derecho positivo es, a mi juicio, clara, sino el de

prende el ejercicio de la potestad sancionadora (establecimiento de la infracción y de la sanción, imposición y ejecución), destacando con ello las profundas diferencias estructurales, organizativas y funcionales que existen entre la potestad sancionadora de la Administración y la potestad penal de los Tribunales, y demostrando la incorrección de una identificación absoluta entre los principios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador.

Una buena prueba de dicha incorrección es la exigencia de la reserva legal en el ámbito local, donde no se admite la tipificación de infracciones por medio de ordenanzas sin respaldo legal alguno. Para Nieto, en contra de la corriente mayoritaria que considera que es una tipificación ilegal por vulnerar la reserva de Ley, cabe dicha tipificación, ya que en el ámbito local el requisito de la reserva legal debe ser interpretado de una forma menos rigurosa. Dado que en el ámbito local —dice— no encaja la dialéctica Ley-Reglamento por no existir leyes emanadas de los Entes locales, siendo las ordenanzas locales el correlativo de las Leyes por emanar de la representación popular, no parece lógico exigir el requisito de la reserva legal. «En su consecuencia —y haciendo uso de las matizaciones admisibles— podría sostenerse que las ordenanzas locales cumplen el requisito de la reserva de Ley desde una perspectiva institucional y democrática» (pág. 123). Nieto se aparta con esta y otras interpretaciones, que el lector encontrará en muchas partes del libro, de la rigurosidad de los dogmas que tan alejados viven de la realidad. En apoyo de esta interpretación, que a buen seguro ha de provocar no pocas discusiones, puede sostenerse que del mismo modo que no es igual la situación de los sometidos a la Administración por una relación de sujeción especial que la de los que se encuentran en una relación de sujeción general, y ello es esgrimido para relajar la exigencia de la reserva legal en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, tampoco es idéntica la relación que media entre los ciudadanos y la Administración Local que la existente entre ellos y la autonómica o la estatal, desigualdad que también podría servir para una similar relajación y flexibilidad del principio de legalidad en el ámbito local.

5. En la Teoría de la infracción el elemento esencial es el principio de legalidad, bloque central del Derecho Administrativo sancionador y requisito para el ejercicio de la potestad sancionadora. A juicio de Nieto, el principio de legalidad no coincide con los correspondientes al Derecho Penal y al Derecho Administrativo, sino que presenta notables peculiaridades (que se encarga de

su construcción dogmática, para configurarla en términos que resulten compatibles con los principios básicos del Estado de Derecho, que la Constitución también consagra» («La potestad sancionadora de la Administración en la jurisprudencia constitucional», en *La Forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 385).

señalar) y tiene un contenido específico. Su concreto contenido comprende los mandatos (3) de tipificación y de reserva legal, las prohibiciones de *bis in idem* y de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables, la analogía *in peius* y la proporcionalidad. Mientras que estos tres últimos elementos son analizados en el capítulo V, dedicado al principio de legalidad en general, la tipificación y la reserva legal son estudiados en los capítulos VI y VII, respectivamente, y la regla del *non bis in idem* en el capítulo IX.

Las peculiaridades del principio de legalidad aparecen ya en uno de sus corolarios, la garantía formal o *reserva legal*. Una cosa —dice Nieto— es el principio genérico de legalidad en el Derecho Administrativo y otra muy distinta el principio específico de la reserva legal en el Derecho Administrativo Sancionador. Critica, por ello, el contraste entre la rigidez dogmática con que es interpretado este principio y la realidad que escandalosamente se aparta de él. La peculiaridad principal reside en que la reserva legal no excluye la intervención reglamentaria imprescindible en este ámbito, dada la inviabilidad real de la reserva absoluta. Por ello, la colaboración reglamentaria no es una excepción a la reserva de Ley, sino una modalidad de su ejercicio, por lo que lo verdaderamente importante es determinar el alcance de la intervención del reglamento. En dicho intento, el profesor Nieto, tras analizar el «sentido moderno» de la reserva legal y realizar un exhaustivo estudio de las Leyes en blanco, traza una clara y convincente distinción entre la habilitación y la remisión, las dos figuras a través de las cuales se produce la llamada a la colaboración reglamentaria.

La otra garantía del principio de legalidad es el *mandato de tipificación* que es su vertiente material, y que consta de la tipificación de la infracción y la atribución de la sanción. En el exhaustivo análisis que realiza de este tema se ve claramente la utilización de las técnicas del Derecho Público que le permiten una interpretación más flexible de las normas y más adecuada a la realidad. Y es que aquí, como se encarga de demostrar, las técnicas del Derecho Penal no sirven dadas las sustanciales diferencias que median entre la tipificación de los delitos y de las infracciones. Para Nieto cabe la tipificación indirecta o por remisión, es decir, la que consiste en que la descripción del tipo no se realiza de forma directa, sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que su incumplimiento es infracción. A su juicio, la descripción completa de la infracción en el tipo es una redupli-

(3) La alusión al mandato y no al principio de tipicidad (como por ejemplo hace la LAP) se debe a la nítida distinción que Nieto hace en la Introducción, donde denuncia «el extendido error de denominar principios a las normas o reglas que no están consignadas en un texto positivo» (pág. 41). Así, mientras la legalidad es un principio, la tipicidad, la reserva legal, el *non bis in idem* y la irretroactividad son normas o reglas.

cación innecesaria, inútil e inviable y su exigencia el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad (4).

Con *La culpabilidad* (cap. VIII), Nieto entra en el análisis del elemento subjetivo de la infracción administrativa (5). A su juicio, la evolución (que es la historia de su progresiva aceptación) que la culpabilidad ha experimentado en el Derecho Administrativo sancionador no debe detenerse en la simple equiparación con el Derecho Penal, sino que deben destacarse sus peculiaridades (cosa que hace al hilo del estudio de la diligencia debida, la buena fe, las personas jurídicas, el error y la solidaridad), e incluso debe llegar hasta la elaboración de una doctrina administrativa sancionadora propia. En España —afirma el autor— no existe una teorización global y específica de la culpabilidad en el Derecho Administrativo, teorización que él mismo realiza en el último epígrafe del capítulo con la distinción entre autoría y responsabilidad. En su opinión, toda la confusión que reina en la culpabilidad se debe a la incidencia de dos conceptos que no se distinguen debidamente y que afectan a toda la Teoría de la infracción: la autoría y la responsabilidad, figuras que no siempre coinciden, pues aunque lo normal es que el autor sea el responsable, la Ley a veces las disocia. Así, mientras que la primera exige culpabilidad, la imputación de responsabilidad realizada *ex lege* no precisa de la culpabilidad, apartándose llamativamente de la responsabilidad criminal para aproximarse a la responsabilidad civil.

El Derecho Administrativo sancionador también debe elaborar una dogmática propia que trate de solucionar los problemas específicos que la tradicional regla del *non bis in idem* plantea en su ámbito, aunque, para ello, deba utilizar una vez más las maduras técnicas del Derecho Penal. Tras denunciar cómo los intereses protegidos (a los que dedica en esta segunda edición un apartado especial, donde efectúa importantes precisiones) son, junto a las rela-

(4) Con la admisión de la tipificación indirecta, por la que las leyes han apostado resueltamente, crece notablemente el elenco de infracciones administrativas y la indefinición de las mismas aumenta, dado que muchas veces los deberes y obligaciones de las normas no son todo lo claros y precisos que debieran. Esto, además, puede resultar contradictorio con alguna de las proposiciones sobre una política represiva eficaz que NIETO realiza en la Introducción. En concreto, con sus afirmaciones de que las infracciones y sanciones tienen como límite «la posibilidad real de ser cumplidas por los destinatarios» y «no pueden llegar más allá de adonde alcancen las fuerzas del aparato inspector y represivo del Estado» (pág. 31).

(5) NIETO estudia la culpabilidad en sentido amplio, es decir, como comprensiva de la imputabilidad o atribuibilidad al autor, de la ausencia de causas de exculpación y del dolo y la culpa. Debe tenerse en cuenta que, hoy, tras la influencia del finalismo de Welzel, la mayoría de los penalistas consideran el dolo y la culpa como la parte subjetiva del tipo y trasladan su estudio a la antijuricidad, de modo que en la culpabilidad sólo se estudian las condiciones que permiten atribuir el hecho antijurídico a su autor (atribuibilidad).

ciones de sujeción especial, una de las válvulas que se suelen utilizar para escapar del régimen garantizador del Derecho Administrativo sancionador, examina las dos vertientes o reglas (prevalencia de la sentencia penal y prioridad del proceso penal) de la prohibición del *bis in idem* en las relaciones entre penas y sanciones, y la incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa. Tras ello, Nieto recurre a la ayuda de las técnicas concursales del Derecho Penal, para dar luz a la oscuridad jurídica que la doble tipificación de infracciones provoca, y que no se aclara con las dos vertientes o reglas señaladas. Así, con las debidas matizaciones, considera aplicables el concurso de leyes y el concurso de infracciones (ideal, real y medial). Técnicas éstas que el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora ya ha comenzado a introducir en el Derecho Administrativo sancionador.

El último capítulo del libro está dedicado a la prescripción. Según Nieto, la LAP, a diferencia de lo que ha ocurrido con otras materias, ha simplificado y aclarado la mayor parte de los problemas (no todos) que provocaba la ausencia de regulación legal expresa en el ámbito administrativo sancionador, liberándose así de unos preceptos del Código Penal que establecían unos plazos temporales «palmariamente inadecuados» para las infracciones administrativas y que provocaban no pocas disputas y contradicciones jurisprudenciales.

5. Después de la lectura de una obra de tales características el resultado no puede ser otro que el asombro por los resultados obtenidos. Elaborar una Parte General del Derecho Administrativo sancionador sin una Ley general sobre infracciones y sanciones es una tarea harto complicada que está al alcance de muy pocos juristas, máxime teniendo en cuenta la escasa bibliografía existente sobre el tema, la parquedad de la LAP y la fragmentación y diversidad de las leyes sectoriales. Para comprender la proeza del autor baste pensar en la dificultad que entrañaría elaborar una Teoría general del delito sin la base normativa de un Código Penal. Con esta obra puede afirmarse que, si no la mayoría de edad, el Derecho Administrativo sancionador ha conseguido emanciparse y encontrar sus propias raíces en el Derecho Administrativo. Cualquier jurista que pretenda continuar en el estudio y profundización del Derecho Administrativo sancionador (profundización a la que el propio Nieto invita para acabar la tarea emprendida) deberá tener como punto de referencia ineludible esta obra, de la que aquí sólo se ha dado cuenta de una manera esquemática y parcial. Una obra que se caracteriza por la riqueza de cuestiones planteadas y por las innovadoras y sugerentes interpretaciones que ofrece de muchos dogmas hasta ahora considerados sagrados, pero a los que Nieto somete a un implacable análisis con el único afán de verles su utilidad y consecuencias prácticas.

Este libro, como todos a los que el autor nos tiene acostumbrados, demues-

tran un saber jurídico que supera los límites de un conocimiento especializado en una determinada rama del Derecho. El libro de Nieto es el claro ejemplo de la obra del jurista maduro que llegado a la cima del saber alcanza a ver las llanuras de la realidad con la claridad que sólo la experiencia y la reflexión proporcionan. Y es que, como el mismo autor indica, el libro se ha construido sobre los dos pilares básicos de la experiencia y la reflexión, lo que viene a significar que su única base es la reflexión, pues al fin y al cabo la experiencia no está en el número de cosas que se han visto (o leído), sino en el número de cosas sobre las que se han reflexionado.