

# El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas

VALENTIN SILVA MELERO

Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho la pena o sanción no es, como es sabido, del dominio exclusivo del llamado Derecho penal criminal. Tanto en las órbitas civil, en la canónica, en la mercantil, en la procesal, en la internacional, en la laboral y sobre todo en la administrativa, surgen los conceptos de ilicitud y el de pena o sanción, y si la pena tiene una específica conceptualización, no es fácil, en ocasiones, distinguir aquella que es típicamente del Derecho penal, de las sanciones que se imponen como consecuencia de supuestos de ilicitud jurídica, de las infracciones de normas de otros momentos jurídicos.

Conocidas son las dificultades para un diagnóstico diferencial de la ilicitud, que entendemos concepto único válido para todas las disciplinas del Derecho, sin que puedan considerarse siempre satisfactorios los criterios diferenciales, sobre todo, en el caso de regulación paralela del supuesto ilícito por normas de distinta naturaleza.

Pero prescindiendo de este aspecto del problema, y de la posible concurrencia en un mismo supuesto de varias ilicitudes distintas, como, por ejemplo, en el caso de un delito cometido por funcionario público que puede tener consecuencias civiles, penales y administrativas, o en casos bastantes corrientes de otras sanciones administrativas con ulterior sanción penal, la preocupación de la doctrina en torno al llamado Derecho penal administrativo, se hace hoy todavía más acusada, en razón a lo que se ha llamado crisis, decadencia o declinar del Derecho, basada precisamente en la mayoría de los casos en la constante intromisión del derecho público, por razón de la transformación de la sociedad actual, en las relaciones humanas, incluso en aquellas que durante mucho tiempo se han considerado dentro de la órbita exclusiva del Derecho privado. Por otra parte, el Derecho penal actual, con lamentables y temporales eclipses, se ha orientado bajo el perfil de una preocupación humanitaria, de una comprensión hacia el supuesto antropológico, hacia la dignidad humana, y sobre todo, a la valoración de la conducta desde el punto de vista de sus consecuencias penales, bajo el signo de principios en los que cobran destacado valor las garantías penales, la intensidad de la

culpa, la peligrosidad, la exigibilidad, la tipicidad, las causas de justificación o de inculpabilidad e inimputabilidad, las corrientes humanizadoras, y los especiales criterios de interpretación de hechos y normas, todo ello independientemente de las garantías procesales y de las corrientes progresivas humanizadoras. El hecho de que al margen del Derecho penal criminal, término que empleamos como diferenciador de otros ordenamientos que establecen consecuencias también punitivas, existan sanciones que en ocasiones son más graves que aquellas otras pasivas en el mismo, sin que por lo demás aparezcan siempre condicionadas por aquellos principios que se han estimado ineludibles e insoslayables, justifica una nueva llamada de atención acerca de un tema que cobra cada día más importancia y que puede decirse que está en el primer plano de la actualidad.

\* \* \*

El Derecho penal administrativo, del que se ha dicho que es la desesperación de los juristas, suele configurarse como conjunto de normas que sancionan la valoración de preceptos de índole exclusivamente administrativa. Se trata al parecer de preceptos que por sí mismo afectan exclusivamente a la Administración, como ocurre generalmente con la mayor parte de las llamadas contravenciones, algunas de las cuales, sin embargo, se sancionan con pena porque el legislador ha considerado insuficiente la sanción administrativa.

El Derecho penal, en general, tiene, por fin, la prevención y la represión de la delincuencia, considerada como violación del orden jurídico general. En cambio, el Derecho administrativo, dice MANZINI, se establece con un fin meramente sancionatorio de normas que regulan instituciones administrativas. Lo que caracteriza a esta rama en su sentir no es el interés administrativo lesionado, sino la esencia exclusivamente administrativa del precepto sancionado. Es cierto que el Derecho penal protege en ocasiones intereses administrativos, mas los hechos que violan estos intereses o son en sí mismos delitos comunes, o son considerados por la ley como contrarios al orden jurídico general y no solamente al orden administrativo, en tanto el Derecho penal de esta clase utiliza la pena, entendida en sentido lato, para castigar cuando el legislador lo ha estimado conveniente, hechos que suponen mera violación del referido orden administrativo.

En este sentido cabe distinguir del conjunto del Derecho penal esta rama del Derecho que con sus preceptos y sanciones, presenta el doble carácter de preceptos exclusivamente administrativos y de normas de justicia. La diferencia de las penas llamadas administrativas y de las que se ha calificado de criminales o penales, según TESAURO, es que se sancionan infracciones de las leyes en las cuales se concreta objetivamente la conducta privada. Se ha

puesto de relieve, asimismo, el abuso de las sanciones penales en la órbita administrativa, y los peligros de un sistema que puede ser vejatorio y contrario a la dignidad de los ciudadanos, a los cuales no cabría imponer por levísimas infracciones, muchas veces no maliciosas en las que cualquiera pudiera incurrir, las consecuencias de una condena penal, aunque ésta sea de categoría meramente contravencional, y si se dice que esta condena no parece moralmente afflictiva se desestima el valor general de la pena, con una distinción demasiado sutil para que sea comprendida con carácter general.

A veces, sin embargo, las sanciones administrativas tienen las características de aquellas del Derecho civil, que no consideran ciertamente al infractor como un culpable, sino sólo como un sujeto jurídico obligado que ha incumplido sus deberes, en este caso hacia la Pública Administración.

Los que mantienen la diferencia entre el Derecho penal administrativo y el Derecho penal común, se han fijado en las relaciones entre ambas porque forman parte del Derecho público, tienen el mismo fin, aunque se diferencian específicamente, destacando que las normas son independientes unas de otras, aun cuando pueden referirse al mismo hecho o a la misma relación.

Dentro del Derecho penal administrativo la doctrina unas veces se ha referido exclusivamente al llamado injusto policial, cuyas sanciones muchas veces son difíciles de distinguir, en las que el factor cuantitativo modernamente no permite un diagnóstico diferencial. Es cierto que la policía tiende a prevenir o eliminar conductas sociales inciviles o peligrosas, actividad humana para asegurar el público interés mediante vigilancia, órdenes o apercibimientos, con el fin de garantizar las condiciones que se creen necesarias o indispensables para una convivencia. La noción moderna de la policía, en el sentido propio, se refiere a impedir o suprimir efectos sociales nocivos y peligrosos en ocasiones, incluso de las fuerzas naturales. Se refiere al orden público, a la tranquilidad o seguridad, a la sanidad o a las costumbres. Actividades como puede comprenderse bastante más amplias que las del Derecho penal, que se limita a reprimir después de una investigación procesal, solamente hechos que han ocurrido, en cuanto puedan ser valorados como delitos o faltas y perpetrados por una persona imputable. La policía, al contrario, puede actuar contra cualquier posible peligro, o daño, dentro de los límites reglamentarios, y el elemento de la prevención prevalece sobre el de la represión que predomina en el Derecho penal.

El injusto policial, pues, no lo es porque su represión excepcionalmente puede ser confiada a las autoridades gubernativas, sino porque la infracción de un modo exclusivo o preferente, tiende a vulnerar intereses precisamente de esta naturaleza. Las diferencias con el injusto penal, implican en el aspecto administrativo

una simple desobediencia a una orden, o una conducta que es causa de peligro o daño, y en este hecho individual activo se encuentra el fundamento ético y material del injusto policial, lo que no siempre ha querido reconocerse.

Dentro del Derecho penal administrativo, se ha visto también el llamado Derecho penal financiero, y sus sanciones tienen el doble carácter de reacción penal y fiscal, a diferencia de las penas pecuniarias del Derecho penal común. Doble carácter, que se pone de relieve especialmente en aquellas sanciones que consisten en el múltiplo de los daños que las finanzas han podido sufrir, y que sólo se convierte a veces en pena privativa de libertad en los supuestos de insolvencia.

Parece evidente en este Derecho penal fiscal, que la sanción se asocia a un daño para el fisco, independientemente de la culpabilidad, con la diferencia del Derecho penal común de que la multa en este caso se establece entre un *mínimum* y un *máximum* independiente de cualquier idea del daño patrimonial, al menos con carácter general, mientras la pena fiscal se funda precisamente sobre un daño efectivo o hipotético, compensando al fisco del peligro probable, del riesgo sufrido, de la vigilancia ejercida, o de los fraudes no descubiertos, pero en ocasiones en cuantía que puede estimarse leonina.

MANZINI ha podido decir que este supuesto de la sanción fiscal, aparece privado de base jurídica y de cualquier contenido racional ético. Por esta razón, se propugna en algunos países que el Derecho financiero sea reformado, para hacerlo equitativo y moral, con un correlativo y deseable aspecto ético, en que la educación ciudadana y ética del pueblo al disminuir los fraudes permitidos al Estado eliminar o disminuir la sanción pecuniaria, reconciliando la ética con la actividad fiscal, y acogiendo para este tipo las disposiciones y principios del Derecho penal común, por parecer absurdo someter la infracción menos grave a un régimen de mayor dureza y menores garantías que otras de mayor entidad.

También puede incluirse dentro del Derecho penal administrativo el llamado Derecho disciplinario, que no siempre se considera dentro de esta rama, y que supone una potestad pública que surge de la necesidad de un ordenado y decoroso desenvolvimiento de los intereses también públicos, y de la necesidad de mantener las condiciones indispensables y favorables al ejercicio que pudiera determinar la jerarquía entre distintas personas. El Derecho disciplinario forma parte del Derecho administrativo, esto es indudable, en cuanto se refiere a la disciplina de los órganos públicos jerárquicamente constituidos, y que afecta también en ocasiones al Derecho constitucional, reglamentación interna de las Asambleas legislativas; y al Derecho procesal en relación a los poderes del juez o del tribunal durante el proceso. También podría añadirse el que entra en la órbita castrense, o en otras instituciones supervisadas por el Estado.

Se ha querido diferenciar este Derecho disciplinario del Derecho penal, porque deriva de una relación permanente u ocasional jerárquica, de subordinación, o de conducta. Y con respecto al fin, se ha dicho que la potestad disciplinaria tiende a atraer, mantener, reintegrar y mejorar con medios correctivos las condiciones de una relación particular y concreta de autoridad.

En el Derecho disciplinario no rige siempre el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. En el Derecho disciplinario cualquier incumplimiento del deber, o de convivencia interna, que afecte a la subordinación, decoro personal, moralidad social, lesión directa o indirecta de los intereses materiales o morales de la profesión, o servicio, puede ser considerada como un supuesto de ilicitud sancionada disciplinariamente. Infracción prevista o no concretamente en normas jurídicas o actos administrativos, ya que, por lo general, se limitan a indicaciones genéricas sin dar muchas veces precisa y necesaria concreción. Las sanciones pueden ser morales, materiales, profesionales y en ocasiones restrictivas o privativas de la libertad personal. Las diferencias con el Derecho penal común se han analizado en orden al titular de la potestad, en orden a las garantías jurídicas, a la prescripción y a la rehabilitación.

Como se ve el problema del Derecho penal administrativo es importante por el número de sanciones, muchas veces graves, referidas a múltiples conductas humanas, que queden al margen de las disposiciones y muchas veces de las garantías del Derecho penal común. Claro, que se ha negado la autonomía del Derecho penal administrativo, tendencia que se ha calificado de atomizadora de la ciencia jurídica y que ha tenido gran repercusión en la doctrina.

AFTALION ha tratado de refutar los argumentos u objeciones de los llamados autonomistas, diciendo que los argumentos no son válidos, ya que el hecho de que en los delitos del Derecho penal criminal se exija la culpabilidad y en las infracciones administrativas no siempre, no es argumento, en su sentir, toda vez que las corrientes contemporáneas consideran a la culpabilidad dentro de un perfil normativo más que psicológico como problema de reprochabilidad, lo que permitiría, en su opinión, generalizar el concepto a la llamada infracción administrativa. Pero si es cierto que existen corrientes contemporáneas en ese sentido, manteniendo que puede existir culpabilidad con independencia del dolo y de la culpa (MERKEL), e incluso por caminos como en los partidarios de la acción finalista (WEIZEL), valorando la culpabilidad como concepto dogmático independizado también del dolo y de la culpa dentro de la teoría de la acción, es bastante claro, sin embargo, que, aunque se admita una concepción normativa de la culpabilidad, parece evidente que ésta ha de referirse también al proceso psicológico, aunque por sí mismo no constituye propiamente la culpabilidad, pues el reproche no se producirá mientras no se valore el proceso psicológico de intención o negligencia *en relación a una norma*.

Tampoco cree AFTALION el argumento de que los intereses protegidos por el Derecho penal administrativo sean distintos del que trata el Derecho penal común, así como tampoco estima que haya diferencia desde el punto de vista de la índole de la sanción, y en su opinión, no es posible ver diferencia tampoco en el hecho de que el objeto del Derecho penal común sea el hombre, mientras que las sanciones del Derecho penal administrativo pueden recaer sobre las personas jurídicas, habida cuenta de las corrientes contemporáneas acerca de la responsabilidad penal de estas personas. Por lo demás, AFTALION sigue la corriente de mantener la unidad fundamental de todo el derecho represivo. Independientemente de estas razones creemos que las notas diferenciales entre el Derecho penal común o criminal y el Derecho penal administrativo son notorias y que la regulación legal de ambos difiere sustancialmente incluso en muchos principios fundamentales, pese a que no se adviertan en el Derecho penal administrativo rasgos originales de orden estructural, salvo algunas peculiaridades que no son esenciales.

\* \* \*

Que la cuestión no puede calificarse de intrascendente lo revela el hecho de que en Alemania actualmente se está debatiendo de nuevo el problema, y que en la ley de 26 de junio de 1949 (Ley penal fiscal) se intenta separar los hechos punibles y las infracciones del Derecho penal común, del llamado injusto administrativo. Esta corriente diferencial ha sido iniciada por SCHMIDT, que intervino en la formulación de las bases para la ley citada y otras posteriores. Esta ley se funda en la idea de que el injusto criminal o común, y el administrativo, difieren esencial y cualitativamente en su misma razón de ser por razón del bien infringido, entendiéndose que el injusto penal presupone infracción de un bien jurídico, mientras que la infracción presupone la violación de un bien administrativo. No se trata, pues, de establecer diferencias bajo el supuesto de ver en el llamado injusto o delito administrativo un hecho punible y relevante, sino que se trata de un *aliud*.

La infracción penal, dice HINRICHSSEN, se caracteriza por la lesión de bienes jurídicos que se efectúa en el marco de intereses sociales de la vida. Su esencia material de injusticia se determina en base al daño tangible y mensurable que se causa. La infracción administrativa, asentada en la infracción del orden, se limita a una acción negativa (u opuesta) cuyo significado y alcance no pasa de los intereses administrativos. Aquí se trata, en primer lugar, de omisiones que realiza el sujeto frente a las ordenanzas administrativas, de modo que no desempeña aquella actividad colaboradora que supone y exige el normal funcionamiento de la Administración. En segundo lugar, también se trata de infracciones positivas. Decisivo será que se cifren en cuanto a su significado social en una

desobediencia frente a las autoridades administrativas, causando un daño a los intereses exclusivamente administrativos.

Corrobora esto ERIK WOLF cuando apoya la opinión de TRÖBS, que dice que el concepto del derecho es el quicio del problema de una diferencia genérica entre una infracción penal y policial. Desde este punto de vista, resulta que corresponde a una noción diferente del concepto de culpa, y también SCHMIDT opinó que le falta a la infracción administrativa el contenido material de una culpa penal, así como que carece del núcleo material de una infracción criminal.

A estas diferencias fundamentales entre infracción y culpa debe corresponder también, según ERIK WOLF, una diferencia tajante y cualitativa en la sanción. La reacción en el delito administrativo debe ser—según su contenido—, una medida de «disciplina» o «amonestación». Una *capitis diminutio*, al modo de la prevista para un delito penal, no sería proporcionada en aquel caso porque no se trataría de una desaprobación pronunciada contra un enemigo de la sociedad, o una persona indiferente al derecho, sino de una persona socialmente omisa o indolente en relación a un precepto administrativo.

En este sentido puede decir SCHMIDT: «La autoridad administrativa cuya eficacia funcional está perturbada por la desobediencia, en la forma de una infracción administrativa castigaría al ciudadano desobediente. El castigo en caso de delito administrativo y por contraposición al criminal, no tiene ningún contenido ético, solamente destacaría el deber de obediencia e iría contra una omisión. Sería una medida de utilidad y quedaría al margen de toda relación ética».

LANGE ha dicho, con aprobación de SCHMIDT, insistiendo en el tema, que se trata de una oposición esencial «propuesta y existente» a base de la «naturalidad de la cosa», cuya oposición el legislador no debe crear sino reconocer y tener en cuenta.

A estas diferencias debe corresponder, asimismo, la competencia de las autoridades que juzgan. Para imponer una pena criminal son competentes las autoridades judiciales; para lo referente a las otras, las administrativas.

Parece hoy que estas ideas, que fueron bastante controvertidas, se encuentran en camino de llegar a ser admitidas, especialmente, en Alemania.

En las direcciones doctrinales actuales, la mayoría de los autores se pronuncian por un reconocimiento de una diferencia cualitativa, con la consecuencia de excluir la infracción administrativa del proyecto de un Código penal futuro. El difícil problema de trasplantar estas tendencias a un acto legislativo, se ha resuelto en una perspectiva jurídica material, de modo que por parte del legislador se declaren determinados hechos como delitos contra la Economía pública u orden público, o como infracciones mixtas, ó ambivalentes, las cuales tienen como base el hecho, de

que tal norma puede ser infringida por acciones y omisiones de diferente naturaleza, desde el plano de la culpabilidad, o de la ilicitud. Por eso se dice, no puede el legislador agrupar de antemano los distintos supuestos para tipificarlo como infracción penal o administrativa. Tendrá que acudir a la fórmula de establecer los criterios diferenciales, para que el juez determine cuál es la solución en cada caso particular, según que la conducta concreta afecte a un supuesto penal administrativo, o implique infracción del orden jurídico general, en cuyo caso se tratará de una infracción penal.

El supuesto penal criminal, o el administrativo, dependerá, según se trate de lesiones a los intereses del Estado en lo fundamental, aunque se refiera al orden público o a la economía, o simplemente se refiera y afecta a un sector particular y concreto. Esta fórmula, ha dicho HINRICHSEN, encierra a su juicio la quinta esencia de la teoría moderna del delito administrativo.

Por lo demás, sobre la distinción entre la ilicitud propiamente penal y la administrativa, se ha vuelto recientemente a debatir en torno a si es necesario o no acudir a criterios cuantitativos o cualitativos. Por ejemplo, SCHMIDT ha mantenido el primer criterio y el supuesto será penal o administrativo, según que la lesión al bien jurídico protegido se extienda con carácter general, o afecte exclusivamente a un sector concreto. BOCKELMAN ha criticado esta opinión, pero SCHMIDT ha podido decir que lo cuantitativo determina ciertamente lo cualitativo.

También HINRICHSEN en un reciente artículo, ha insistido en la repercusión ética de la infracción penal y su ausencia en lo administrativo, por lo que entiende que no sería justo reaccionar en este supuesto con sanciones penales, que deben en su opinión distinguirse cualitativamente de las administrativas, ya que éstas deben considerarse como simples llamadas de atención a un ciudadano desobediente.

\* \* \*

Como se ve, la doctrina moderna vuelve a debatir los mismos problemas, pero con una consecuencia en este caso, y es la repercusión legislativa que va cogiendo criterios doctrinales, lo cual permite afirmar la distinta naturaleza de la infracción penal criminal y la de la administrativa, así como las distintas consecuencias.

Però no basta a nuestro juicio, para resolver el problema volver de nuevo al criterio de la autonomía del Derecho penal administrativo, o sumarnos al de la unidad fundamental de todo el ordenamiento punitivo, ya que en tanto se dicten sanciones, que si bien no se califican de pena en sentido estricto no puede negársele en la práctica la misma valoración, será preciso admitir que la ley penal criminal no tiene la exclusiva desde el punto de vista de la sanción. Por ello, parece ineludible que en la esfera administra-



tiva se recoja el maravilloso legado de los principios rectores del Derecho penal criminal estableciendo con carácter general, en aquellos casos en que no se trate de infracciones policiales, la exigencia de aplicar los principios fundamentales de esta rama del Derecho, y que la Administración, en todo aquello que implique penalidad y que no sea puro resarcimiento, pueda ver revisado sus acuerdos, no sólo conforme a las leyes administrativas, sino que el examen judicial ulterior en el supuesto de recursos de esta clase, pueda llegar a valorar el hecho conforme a los principios penales enunciados.

De este modo ante la inevitable ampliación de la órbita administrativa, y mientras no se maticen legislativamente las diferencias con distinción exacta del carácter de la sanción, no se correrá el riesgo de que, pese a los mejores deseos, se derrumbe el orden jurídico con su ilusionada proyección hacia la justicia.