

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

¿Hacia un proceso penal menos garantista que el proceso administrativo sancionador?

(Comentario a la STS 11 de junio de 2001. Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón,
RJ 2001/6439)*

MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW **

I

«Son hechos probados y así se declara que el acusado Pedro C. Q. (...), en la explotación ganadera de su propiedad, sita en el paraje de San Isidro, de la localidad de la Aljorra, administró, conociendo su nocividad, al menos durante el mes de junio de 1997, al ganado bovino de su propiedad, mediante inyecciones, sustancias hormonales de uso prohibido por la legislación vigente como promotoras del crecimiento artificial del ganado». Sobre la base de estos hechos, el acusado fue condenado por la Audiencia Provincial de Murcia, en

* Principales abreviaturas empleadas: AP, Actualidad Penal; CLP, Comentarios a la Legislación penal; CP, Código penal; EPC, Estudios penales y criminológicos; FD, Fundamento de Derecho; RJ, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

** Doctora en Derecho. Colaboradora del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Navarra.

sentencia de 21 de mayo de 1999, como autor de un delito contra la salud de los consumidores de productos alimenticios de origen animal, de conformidad con el artículo 364.2 del Código Penal. La utilización para el engorde fraudulento del ganado de las sustancias descubiertas –Clembuterol, Acetato de Medroxiprogesterona, Acetato de Trembolona, Benzoato de Estradiol y Estanazolol–, se encontraba previamente prohibida en el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, sobre sustancias de Acción Hormonal y Tireostática de uso en los animales (1), porque el consumo de las carnes y vísceras de animales tratados con éstas supone un grave riesgo para la salud de las personas. Ese Real Decreto prescribía también, en su artículo 10, que «la infracción de los preceptos contenidos en esta disposición será objeto de sanción administrativa, de acuerdo con el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar previstas en el Código Penal».

En contra de la sentencia condenatoria, el recurrente alega infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por vulneración del artículo 15.1 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que dispone lo siguiente: «La toma de muestras se realizará mediante acta formalizada, al menos por triplicado, ante el titular de la Empresa o establecimiento sujeto a inspección, o ante su representante legal o persona responsable, y en defecto de los mismos, ante cualquier dependiente. Cuando las personas anteriormente citadas se negasen a intervenir en el acta, ésta será autorizada con la firma de un testigo, si

(1) La sentencia comentada corrige la alusión que, en el fallo de instancia, se hacía al Real Decreto 1373/1997, de 29 de agosto. Este último regulaba esta materia en la fecha del enjuiciamiento pero no estaba todavía vigente cuando ocurrieron los hechos. En todo caso, se considera que la alusión a dicha norma no vulnera la prohibición de retroactividad; lo haría «*si realmente contuviese una alteración relevante desfavorable para el reo en el aspecto concreto de la calificación de las sustancias específicamente utilizadas por el recurrente para el engorde del ganado como sustancias prohibidas. Pero lo cierto es que, como reconoce expresamente la parte recurrente, la utilización para el engorde fraudulento del ganado de las sustancias descubiertas en el caso actual se encontraba igualmente prohibida con anterioridad en el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, sobre sustancias de Acción Hormonal y Tireostática de uso en los animales (arts. 2.º y 3.º), por lo que la infracción denunciada carece de relevancia. En efecto, tanto aplicando la reglamentación administrativa vigente cuando ocurrió el hecho como la vigente cuando se enjuició, es claro que el acusado administró a los animales, cuyas carnes estaban destinadas al consumo humano, «sustancias no permitidas» administrativamente para el engorde del ganado» (FD 3.º).*

fuere posible, sin perjuicio de exigir las responsabilidades contraídas por tal negativa. El acta será autorizada por el Inspector en todo caso». La vulneración alegada consistía en que, al efectuar la toma de muestras, no se formalizó el acta ante el titular del establecimiento sujeto a inspección o su representante legal.

Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo afirma que «*en el supuesto de tipos penales que se complementan por heterointegración con una norma administrativa, la infracción de ley alcanza a la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo, pero en ningún caso a la normativa formal, adjetiva o procedimental. Dado que en el caso actual no se denuncia la infracción de una norma administrativa material (la que determina cuales son las sustancias no permitidas), sino meramente procedimental, es claro que el motivo debe ser necesariamente desestimado*». «*Debe añadirse que en materia penal lo relevante es que la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías, sin que sea necesario ceñirse a la normativa reglamentariamente establecida para la tramitación de los expedientes administrativos sancionadores*» (FD 2.º).

II

El objeto de este comentario es el análisis de la argumentación empleada por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso. No entraremos ahora en consideraciones sobre la efectividad de la vulneración procedimental alegada o sobre la oportunidad del cauce utilizado para denunciarla, que son cuestiones cuanto menos discutibles. Examinaremos, únicamente, el razonamiento del Tribunal Supremo para desestimar la alegación, cuyo fundamento y alcance se presentan como problemáticos.

El Tribunal entiende que en los casos de *heterointegración con normas administrativas* –sin hacer distinciones sobre la clase de remisión de que se trate– se puede prescindir, sin más, de la ley procedimental administrativa. Sin embargo, no considera hasta qué punto esta afirmación significa prescindir también de los aspectos complementarios y garantísticos del Derecho administrativo, en relación, por ejemplo, con la seguridad jurídica, la protección de la confianza del ciudadano en la actuación de la Administración, la validez de los actos administrativos, etc. (2). Por lo tanto, la posición que adopta el Tribu-

(2) La doctrina alemana ha manifestado su temor sobre el alcance de esta afirmación, cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 160-161.

nal Supremo puede traducirse en que los sujetos resultan, en definitiva, menos protegidos en el proceso penal que en el administrativo; o, en otras palabras, que se podrían exigir mayores garantías para la imposición de una sanción administrativa –lo menos grave– que para la sanción penal –lo más grave.

Así planteada, la solución se muestra poco lógica. En cuanto manifestaciones del poder sancionador del Estado, el proceso administrativo sancionador y el proceso penal deberían tener similares garantías o, en todo caso, éstas deberían ser mayores en el ámbito penal, dada la mayor gravedad de la sanción imponible y las peculiares características del sistema penal. Incluso puede advertirse que las consecuencias de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo estarían en cierta contradicción con la doctrina en clave garantista que viene sosteniendo el Tribunal Constitucional en sentido contrario, esto es, la de aplicar al proceso administrativo sancionador –con las debidas modulaciones y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de ese procedimiento– los principios inspiradores de orden penal, tanto en sentido material como procedimental (3).

III

Antes de analizar el fondo del problema es necesario formular una consideración previa. Y es que la norma penal aplicada en la sentencia que comentamos –artículo 364.2 del CP– ha sido calificada por la doctrina como una ley penal en blanco, porque exige acudir a la normativa administrativa que regula la composición de los piensos animales. «Las sustancias no permitidas o el nivel de las dosis se regulan por una amplísima legislación veterinaria de carácter vinculante. La infracción de la misma constituye, por tanto, ya de por sí una infracción administrativa, que para ser delictiva tiene que generar el riesgo para la salud de las personas, que constituye el elemento fundamentador del contenido de injusto de estos delitos» (4). Se entiende, por

(3) *Id.*, por todas, SSTC 18/1981, de 8 junio (FD 2.º), y 14/1999, de 22 febrero (FD 3.º).

(4) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 13.ª ed., Valencia, 2001, p. 619. En el mismo sentido, DOVAL PAIS, *Los delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, p. 127; FEJÓO SÁNCHEZ, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 1006, y GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1023. Respecto a la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 6 noviembre 1999 (RJ 1999/8102) y 22 marzo 2000 (RJ 2000/2387).

ello, que el carácter no permitido de las sustancias complementa la tipicidad de la figura. Mas eso no obstaría a la legitimidad de la descripción típica, porque el núcleo esencial de la prohibición radica en la creación del riesgo para la salud de las personas (5).

En todo caso, cabe precisar que el precepto penal no requiere exactamente de una *infracción* de la normativa extrapenal, sino que recurre a dicha normativa únicamente para dar contenido a uno de los elementos que conforman la conducta típica. Por lo tanto, en terminología de García Arán (6), podría afirmarse que se trata de una *remisión interpretativa* a la regulación administrativa, necesaria para interpretar o integrar un elemento típico. Esto permite distanciarse en cierta medida del ilícito administrativo, porque la normativa extrapenal es utilizada sólo para interpretar o dotar de contenido al elemento típico, y el intérprete penal puede realizar su labor utilizando las técnicas admitidas de adecuación de los conceptos a las necesidades de aplicación de la norma penal. Por el contrario, en los casos en que la remisión se hace *en bloque*, esto es, cuando es precisamente la infracción de la norma administrativa la que se convierte en un elemento típico, el propio legislador establece su traslación mecánica al tipo penal. Entonces hay que constatar la existencia de la infracción administrativa, y para ello habrá que respetar todas las reglas conforme a las cuales se determina el hecho que la constituye. Además, en esos casos se podría pensar que la norma penal incorpora, como interés añadido, la protección del cumplimiento de la normativa administrativa, lo que favorece la confusión de las distintas posibilidades incriminatorias que ofrecen Derecho penal y Derecho administrativo.

Pero como se ha dicho, el precepto reseñado se puede caracterizar como de heterointegración con una norma administrativa que opera únicamente en un nivel conceptual, para determinar cuáles son las sustancias no permitidas, sin exigir la *infracción* de una norma administrativa (7).

(5) El Tribunal Constitucional ha sentado una clara doctrina en este sentido para aceptar la constitucionalidad de las leyes en blanco, a partir de la STC 127/1990, de 5 julio.

(6) GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC*, XVI, 1993, p. 72.

(7) En la práctica, las conductas que resulten incluidas en el artículo 364.2 constituirán a su vez infracción administrativa, porque esa normativa también sanciona la administración de sustancias no permitidas a los animales destinados al consumo humano. Pero en teoría es posible distinguir las fórmulas de tipificación, distinción que tiene trascendencia para las consideraciones que siguen.

IV

Pero alejémonos por el momento de la específica fórmula utilizada en el artículo 364.2 del CP, para considerar, en términos generales, el problema de la recepción de la normativa procedimental administrativa por el Derecho penal. Este tema ha sido discutido, fundamentalmente, en relación con dos grupos de supuestos.

El primero es el de las figuras penales en que se requiere expresamente la existencia de una *infracción administrativa* como elemento típico. Entonces se plantea la cuestión de si cualquier infracción del sujeto particular a la normativa extrapenal basta para configurar el elemento del tipo, o si ésta ha de ser una infracción de normas administrativas materiales. En virtud de los principios de fragmentariedad y de ofensividad, todo parece indicar que la remisión efectuada a otra rama del ordenamiento ha de ser referida únicamente a sus aspectos sustantivos, esto es, a la valoración que ella contiene y que constituye una delimitación del *riesgo permitido*. Por tanto, cuando la conducta del particular infringe únicamente aspectos formales de la regulación administrativa, pero se manifiesta materialmente conforme a lo prescrito en ella, esa infracción no debería estimarse suficiente para la configuración del tipo penal. A la misma conclusión se llega por consideraciones de eficiencia del sistema, que no justifica poner en movimiento la maquinaria penal ante supuestos de simples desobediencias, que en nada afectan la antijuridicidad material de la conducta.

En ocasiones, la literalidad del tipo no contiene ninguna restricción material, sino que la configuración legal del riesgo típicamente relevante es de tal connotación formal, que la adecuación a los principios de fragmentariedad y lesividad resulta más que discutible. Cuando se alude a una infracción administrativa como elemento típico, aparentemente no existe mucho margen para exigir esa materialidad en la infracción (8). Con todo, una importante línea doctrinal aboga por la restricción teleológico-material de toda clase de descripciones típicas, para no asociar su contenido de lesividad con una mera violación de la normativa extrapenal (9).

(8) Por el contrario, cuando se recurre a remisiones conceptuales o interpretativas –como la referencia a *sustancias no permitidas*, en el caso que nos ocupa–, parecen existir mayores posibilidades de *reinterpretar* en clave penal la referencia a la normativa administrativa.

(9) La discusión ha surgido en relación con diversas figuras del Código penal de 1995. A título de ejemplo, respecto del delito sobre la ordenación del territorio (art. 319), se ha sostenido generalmente una interpretación formal. Pero algunos autores se inclinan por una opción material, como ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*,

Por tanto, en este grupo de supuestos se podría concluir que, para restringir de modo teleológico-material las descripciones típicas, la accesoriadad administrativa debe ser referida únicamente a la infracción de la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo, pero en ningún caso serían suficientes las infracciones del particular a la normativa formal, adjetiva o procedimental.

El segundo grupo de supuestos a analizar se refiere a aquéllos en que un sujeto realiza un comportamiento *materialmente* lesivo o peligroso para el bien jurídico que se pretende proteger penalmente, contando con una autorización administrativa. Simplificando al máximo la problemática (10), pueden presentarse tres alternativas. En primer lugar, una vez aceptada la accesoriadad del Derecho penal, resulta indudable que los actos de autorización de la Administración tendrán relevancia en la aplicación de los preceptos penales –para excluir la tipicidad o antijuridicidad– cuando ellos son *lícitos*, es decir, conformes con la normativa de Derecho administrativo, o cuando tengan una deficiencia absolutamente irrelevante y no relacionada con el bien jurídico protegido (11). En segundo lugar, si el acto de autorización

Barcelona, 1997, pp. 221-222 y 303; y, más decididamente, SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español», en *AP*, 1998, p. 440. En la interpretación del artículo 320, BOIX REIG/ JUANATEY DORADO, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1582, consideran que «cualquier infracción de la normativa urbanística, por nimia que sea, podrá integrar el tipo»; en contra, se pronuncian NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», en *AP*, 1997, p. 389 y TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *EPC*, XX, 1997, pp. 322-323, exigiendo que la contrariedad a Derecho sea de tal entidad que pueda tener eficacia condicionante de las construcciones no autorizadas del artículo 319, única forma de distinguir los ilícitos penales de los meramente administrativos. En esta línea teleológico-restrictiva se ubican también, respecto del delito de tráfico ilegal con mano de obra (art. 312), VALLE MUÑOZ/VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 852, y en relación con el delito contra el medio ambiente (art. 325), MORALES PRATS, «La estructura del delito ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, II, Valencia, 1997, p. 483.

(10) No entraremos a considerar si los tipos penales han sido estructurados sobre un modelo de accesoriadad de Derecho o accesoriadad de acto administrativo, ni tampoco si la autorización excluye la tipicidad o la antijuridicidad, en tanto que no son cuestiones esencialmente relevantes para el problema que nos ocupa.

(11) Por todos, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 119.

resulta *nulo de pleno derecho* (12), será considerado por el propio ordenamiento administrativo como inexistente y, por tanto, no será suficiente para impedir apreciar la tipicidad penal de la conducta del sujeto. Pero la cuestión se complica, en tercer lugar, cuando la autorización es *anulable* pero administrativamente eficaz.

En relación con este último supuesto, al revisar la doctrina alemana, que mayormente se ha ocupado del tema, se advierte cómo las posiciones están divididas (13). La opinión dominante considera que cuando un acto de autorización es eficaz existirá una vinculación a éste de la calificación penal, resultando excluida la tipicidad o la anti-juridicidad penal. Los argumentos en que se apoya esta posición son los principios de legalidad, seguridad jurídica y, fundamentalmente, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, pues se estima que lo administrativamente permitido no puede prohibirse penalmente.

Sin embargo, cada vez parecen cobrar mayor fuerza las posiciones alternativas, desde las que se propone, con matices, una cierta autonomía del Derecho penal respecto del acto particular de la Administración, vinculando el ilícito penal exclusivamente con las normas administrativas materiales de protección del bien jurídico. Por lo tanto, se pretende que la conducta que infringe la normativa material, aunque cuente con una autorización administrativamente eficaz –pero anulable por contradecir dicha normativa–, sigue siendo penalmente antijurídica. Se estima que ello no significaría contradecir el principio de unidad del ordenamiento jurídico, puesto que éste obliga a considerar el Derecho administrativo sustantivo, pero no el adjetivo. Así, la configuración concreta del ilícito en cada rama del ordenamiento jurídico puede ser diferente, pues cada una de ellas desarrolla una perspectiva propia de la antijuridicidad, de acuerdo a sus tareas y metas específicas. La exigencia de unidad del ordenamiento jurídico hace referencia, más bien, a la interdicción de contradicciones valorativas entre los distintos sectores del Ordenamiento, pero no obliga en absoluto a una identidad de valoración (14).

En suma, y sin ahondar más en una discusión de enormes proporciones, también aquí se podría aceptar que la accesoriad administrativa esté referida únicamente a la infracción administrativa de carácter

(12) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (modificada por ley 4/1999, de 13 de enero).

(13) Vid. una extensa exposición de las diversas posturas en DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, pp. 157-172.

(14) En este sentido, cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, p. 455, con amplias referencias bibliográficas.

sustantivo, excluyendo las referencias a la normativa formal, adjetiva o procedimental. Esto puede significar ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal, que operaría incluso en los supuestos en que exista una autorización administrativa eficaz, pero siempre que el hecho enjuiciado sea considerado materialmente antijurídico por el Derecho administrativo (es decir, supuestos en los que la autorización en cuestión sería eficaz pero ilícita). La accesoriedad así entendida permitiría armonizar de modo adecuado las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, asegurando, al mismo tiempo, una eficaz protección del bien jurídico.

V

Pese a que el debate continúa abierto, la exposición doctrinal precedente permite concluir que existen argumentos para, en ciertos supuestos, asignar relevancia penal únicamente a las normas administrativas de carácter sustantivo, excluyendo la normativa formal, adjetiva o procedimental.

Algunos de estos argumentos podrían encontrarse en el razonamiento de fondo que avala la conclusión del Tribunal Supremo. Lamentablemente sólo son conjeturas por mi parte, pues ni en ésta ni en decisiones anteriores de signo similar, se hacen explícitas las consideraciones que han llevado al Tribunal a alcanzar la conclusión descrita.

Con todo, la cuestión que se resuelve en la sentencia que nos ocupa no parece responder a ninguno de los planteamientos reseñados. La exclusión de las normas de Derecho administrativo de carácter adjetivo no responde al primer caso analizado, esto es, a la necesidad de considerar sólo las infracciones administrativas de carácter material –y no las meramente formales– para restringir el tipo, pues éste no exige una infracción, ni siquiera material (15). Ella tampoco obedece al segundo supuesto estudiado, relativo a la necesidad de desestimar las normas administrativas de carácter adjetivo que conceden eficacia a una autorización ilícita, para entender que el comportamiento lesivo o peligroso para el bien jurídico respaldado por un acto de autorización ilícita sigue siendo típico y antijurídico. Según la normativa material, la administración de ciertas sustancias no está

(15) Recuérdese que el artículo 364.2.1.º sanciona la conducta de «administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados».

permitida, y en el caso investigado tampoco se alega la existencia de ninguna autorización respecto de la conducta enjuiciada.

Más aun, podríamos decir que no se trata siquiera de un problema de remisión para determinar el alcance del tipo o la antijuridicidad de la conducta, pues nadie pone en duda que las sustancias cuestionadas constituyan *sustancias no permitidas*, ni se plantea la posibilidad de un acto particular de la Administración que autorice su empleo. El problema excede a estas circunstancias y es, más bien, de índole procesal. La conducta, tal como es descrita, constituye delito. Lo cuestionable es la forma como se ha verificado el procedimiento sancionador, que se inicia en la etapa de investigación, cuando se toman las muestras para controlar el cumplimiento de la normativa correspondiente. En suma, no es que se pretenda recurrir al Derecho administrativo de carácter adjetivo para afirmar la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, sino de *comprobar* que el procedimiento adoptado para sancionarla penalmente ha sido correcto.

VI

La sentencia que comentamos parece asumir esta dimensión procesal del problema, puesto que, tras afirmar que el tipo penal se complementa sólo con las normas administrativas de carácter sustantivo, añade que «*en materia penal lo relevante es que la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías, sin que sea necesario ceñirse a la normativa reglamentariamente establecida para la tramitación de los expedientes administrativos sancionadores*» (FD 2.º).

Cabe recordar, en este sentido, la importancia del principio de legalidad en materia procesal, que tiene su origen en el principio de legalidad del Estado de Derecho, y que constituye uno de los pilares del sistema de garantías propio del Derecho penal. Es indudable que las normas procesales sobre la prueba y su carga se unen, en ocasiones de modo casi insoluble, con el Derecho material (16). Es por esto por lo que las críticas a la actual tendencia extensiva y desforma-

(16) Sobre estas cuestiones, *vid.* RUIZ VADILLO, *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Madrid, 1997, pp. 26-27; POTT, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StPO)» (trad. Iñigo Corroza/Benlloch Petit), pp. 84-86, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000 y VOGEL, «Límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán» (trad. Nieto Martín), en ZAPATERO/TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 46.

lizadora en Derecho penal se dirigen tanto a cuestiones materiales como procesales. Porque en muchos aspectos el Derecho penal no aparece ya como un instrumento de defensa del individuo frente al Estado, sino que el Estado se arroga posibilidades de intervención ilimitadas. En esta línea, es posible advertir una desformalización del proceso como instrumento de lucha contra el delito, pues se da más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y a las competencias de intervención a favor de la persecución penal, frente a los clásicos derechos de protección de los inculpados (17).

Ante esta realidad, es preciso renovar la preocupación por el respeto a las formas, que aseguren la contradictoriedad y transparencia del proceso. Aun cuando el descubrimiento de la verdad real constituye una de las finalidades del proceso penal, ha de estar sujeto a ciertos principios y determinadas pautas de comportamiento por parte de investigadores y jueces (18).

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien la prueba en el proceso penal tiene lugar en el juicio oral, ello no obsta para que se practiquen pruebas anticipadamente a las sesiones del juicio oral, o de que determinados medios probatorios de difícil o imposible repetición deban estar rodeados de todas las garantías de contradicción en el momento de su realización para que valgan como prueba (19). Algo similar ocurre en el procedimiento administrativo sancionador (20).

Ahora bien, el caso específico que ahora analizamos es el de *infracciones en el procedimiento de toma de muestras*. Aun cuando la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo ha tenido

(17) Cfr. ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pp. 475 y 484. En el mismo sentido, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad* (trad. Muñoz Conde), Valencia, 1999, p. 62.

(18) En este sentido, RUIZ VADILLO, *El Derecho penal sustantivo*, p. 201.

(19) *Vid.*, entre muchas, las SSTC 80/1986, de 17 junio; 100/1985, de 3 octubre y 173/1985, de 16 diciembre. Y en doctrina, cfr. RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 147, y TOMÉ GARCÍA, en *De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García, Derecho procesal penal*, nueva ed., Madrid, 1999, p. 491-492.

(20) En él se establecen los principios de oralidad, inmediatez y contradictoriedad de la prueba, aceptando algunas diligencias previas con tal que se haya observado las garantías necesarias para la defensa. En este sentido se manifiesta tanto el Tribunal Supremo (*vid.* SSTs de 2 febrero 1993, RJ 1993/912, 1 junio 1999, RJ 1999/6706 y 26 octubre 2000, RJ 2000/10372) como el Tribunal Constitucional (SSTC 200/1996, de 3 diciembre, y 40/1997, de 27 febrero). Cfr. GARBERI LLOBREGAT/BUITRON RAMÍREZ, *Procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, 4.^a ed., Valencia, 2001, p. 343.

oportunidad de pronunciarse en pocas ocasiones sobre este punto, es de destacar que en ninguna de ellas ha negado la posible relevancia de la infracción procedimental. En la mayoría de los casos ha sido confirmada la sanción administrativa impuesta, pero porque no se ha estimado concurrente la infracción del procedimiento alegada por la parte. Así, por ejemplo, un recurso interpuesto contra una sanción administrativa es desestimado, precisamente, porque «el procedimiento de toma de muestras que prevé dicho precepto –artículo 15 del Real Decreto 1945/1983– se ha seguido aquí con todo rigor, y, por tanto, no cabe aducir ante ello una inexistencia de infracción ni alegar indefensión» (21). Pero también este Tribunal ha entendido que la infracción de lo dispuesto en las reglas de procedimiento –infracción al mismo artículo 15– es relevante y hace anulable la sanción impugnada, en la medida en que la vulneración de la norma procedimental impide la práctica de un medio de prueba y la contradictoriedad de actividad probatoria, teniendo como efecto inequívoco el provocar la indefensión del sujeto sancionado (22).

En la sentencia que comentamos (23), la sala penal del Tribunal Supremo, en lugar de poner el acento en el aspecto garantístico de la regulación, destaca que existen medios probatorios suficientes para generar la *convicción* necesaria en el aplicador del Derecho. Es decir, niega trascendencia a las infracciones procedimentales en la medida en que exista ese convencimiento. Mientras que en el procedimiento administrativo sancionador, por el contrario, ese mismo vicio del procedimiento podría significar la exclusión de la sanción.

La cuestión, por tanto, es decidir si puede estimarse correcto un procedimiento penal en que se desestima, *a priori*, la trascendencia de irregularidades procedimentales. Irregularidades que administrativamente pueden ser calificadas de tanta importancia como para impedir la prueba de un ilícito administrativo, excluyendo la posibilidad de sanción en ese ámbito. En este sentido es necesario valorar negativamente las consideraciones formuladas por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, en cuanto ellas pasan por alto las normas adjetivas por las que se pretende asegurar al administrado ciertas garantías.

(21) STS de 29 septiembre 1998 (RJ 1998/7861). En sentido similar, cfr. las SSTs de 10 noviembre 1987 (RJ 1987/8119), 29 junio 1992 (RJ 1992/4731) y 2 junio 1998 (RJ 1998/5655).

(22) Así la STS de 17 diciembre 1996 (RJ 1996/9169).

(23) También en otras, como por ejemplo, la STS de 4 octubre 1999 (RJ 1999/7218), FD 2.º

Es preciso volver a considerar el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Correctamente entendido, éste implica que «el ordenamiento jurídico debe valorar idénticos objetos de valoración en idéntico contexto siempre según los mismos principios, aun cuando cambien las ramas jurídicas a las que pertenece la valoración; si no es así, la contradicción valorativa que surja habrá de resolverla según los principios generales de interpretación» (24). Esto ha de significar, por ejemplo, que cuando las normas administrativas formales obedecen exclusivamente a necesidades de funcionamiento del sistema administrativo, carecerán de relevancia penal (25). Pero cuando ellas pretenden asegurar un correcto procedimiento y garantizar la contradictoriedad de la prueba, se enmarcan en un contexto idéntico al de la normativa procesal penal, por lo que deberían ser consideradas. Estimar que en un sector del Derecho la irregularidad formal constituye una falta de garantía para el imputado, que impide su sanción, y que esa misma irregularidad ha de estimarse irrelevante en otro, a efectos de imponerle una sanción más grave, resulta una antinomia valorativa inaceptable, en contradicción con el argumento lógico *a minore ad maius*. En relación con este punto hay que poner en duda la afirmación de que *la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías*.

Resumiendo lo expuesto, se puede concluir que no es posible ofrecer una solución genérica e indiferenciada –sea en sentido positivo o negativo– para resolver el problema de las relaciones del Derecho penal y procesal penal, con la normativa administrativa formal y accesorio. Esta conexión ha de estar sujeta a consideraciones funcionales y garantísticas que arrojan resultados diversos dependiendo de la norma específica de que se trate. Por tanto, la argumentación empleada por Tribunal Supremo es, cuanto menos, polémica. Y si no se restringe su alcance desde un punto de vista garantístico, puede resultar, asimismo, peligrosa.

(24) JAKOBS, *Derecho penal*. PG, § 11/5, p. 423.

(25) Así, por ejemplo, cuando se concede eficacia a una autorización anulable para evitar la paralización de la actividad administrativa.