

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR Y COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL*

JOSÉ SUAY RINCÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y EL PAPEL DEL DERECHO GARANTIZADOR.
2. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO GARANTIZADOR: CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE SU INSUFICIENCIA.
3. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL.
4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR: PLANTEAMIENTO ACTUAL, INSUFICIENCIAS Y POSIBLES REMEDIOS.

(*) A la hora de redactar estas líneas, he procurado, en la medida de lo posible, mantener el tono propio de las conferencias, siempre más directo, vivo y dinámico que el de los trabajos de investigación.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y EL PAPEL DEL DERECHO GARANTIZADOR

Existen en Derecho determinados planteamientos de teoría general, según los cuales las normas están para ser incumplidas. Dicho de otro modo, sin incumplimiento, el Derecho no sería, en rigor, necesario. El Derecho existe y se justifica sólo en la medida en que se produce su incumplimiento.

Si así fuera, si atendiéramos a este planteamiento, habría que decir, realmente, que nuestro Derecho goza de muy buena salud. Pocos países habrá en nuestra área cultural en que el grado de incumplimiento de sus normas sea tan elevado como en España.

La cosa es tan evidente, que no se necesitan grandes estudios estadísticos para llegar a esta conclusión. Tales estudios, por lo demás, se limitarían a confirmar lo que resulta opinión prácticamente unánime, o con muy escasos detractores.

En determinados ambientes es, incluso, relativamente frecuente la afirmación de que España es un Estado de Derecho, pero atemperado por el principio de inobservancia de las normas.

Desde luego, éste es un tema muy grave y preocupante. ¿A cuento de qué, sin embargo, viene esta introducción?, podrían preguntarse ustedes.

Pues bien, si esto es así, si el panorama es tal como se acaba de exponer, el Derecho sancionador en su conjunto tiene mucho que ver con ello. Las causas, probablemente, sean muchas. Una de ellas, sin embargo, es bien clara y, además, es la de las más importantes: *ni el Derecho penal, ni el Derecho administrativo sancionador han estado a la altura de las circunstancias, ni uno ni otro ha sabido proporcionar respuestas eficaces para hacer frente al grado de incumplimiento tan generalizado que se registra en nuestro ordenamiento jurídico.*

Derecho penal y Derecho administrativo sancionador forman conjuntamente el bloque denominado Derecho garantizador. Éste tiene una bien sencilla razón de ser: el Derecho no pretende ser un mero programa ideal de pautas de conducta y no deja, por tanto, su suerte al albur o al capricho de los destinatarios de sus normas; por el contrario, aspira a ser realmente efectivo, aspira

a encauzar verdaderamente las conductas individuales y a imponer sus criterios de comportamiento en la vida social.

Por ello, no se contenta sólo con sentar unas determinadas reglas de juego. El Derecho también establece mecanismos de autoprotección. Se protege a sí mismo y reacciona enérgicamente frente a su incumplimiento.

Pues bien, el sector del Derecho que tiene, justamente, ese objeto, la autoprotección, es el sector del Derecho garantizador, formado, en la actualidad, en los países de nuestra área cultural, por el bloque conjunto del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

2. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO GARANTIZADOR: CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE SU INSUFICIENCIA

Que el Derecho penal no ha sido suficiente por sí mismo para asegurar o imponer el orden en la vida social es algo a todas luces evidente. Realmente, la propia existencia de un Derecho administrativo sancionador, que surgió como un Derecho alternativo, un auténtico Derecho para-penal (*Nebenstrafrecht*), así lo atestigua. ¿A qué se debe, sin embargo, el fracaso del Derecho penal?

Las causas históricas que explican la insuficiencia del Derecho penal son de diversa índole.

Por de pronto, habría que citar causas de orden estrictamente técnico. El Derecho penal, producto de la filosofía de la Ilustración y del movimiento codificador, ha descansado y sigue descansando todavía sobre la idea del Código, un Código —el Código penal— contemplado como un cuerpo de normas compacto y cerrado, que pretende aglutinar en su seno nada menos que todos los ilícitos sin excepción, como expresión de los valores sociales vigentes en un momento dado.

Resultado de esta visión, la consecuencia es muy fácil de deducir. La necesidad de reformar el Código a fin de introducir los ilícitos que la sociedad va exigiendo como respuesta a los nuevos valores que asume, dará al traste con las posibilidades del Derecho penal. Una norma tan rígida como el Código no está en condiciones de colmar las aspiraciones de una sociedad que, como la nuestra del siglo XIX, está en continuo y permanente cambio.

El Código penal tiene perdida esta carrera de antemano. Ni el Derecho penal, así pues, ni los jueces penales, que son los órganos encargados de aplicarlo, están preparados. No pueden bastarse a sí mismos para tan formidable operación.

Pero hay más. Todavía moviéndonos dentro de las causas técnicas, aunque cambiando el enfoque y pasando al plano propiamente procesal, está claro que aquí las cosas tampoco marchan. El proceso penal es un proceso largo y complicado, toda una auténtica carrera de obstáculos, inútil e inservible, especialmente, cuando de lo que se trata es de combatir las infracciones de menor entidad (los denominados delitos-bagatela).

Las reformas operadas desde dentro del propio sistema procesal penal no han arrojado los resultados apetecidos. Los experimentos, como es perfectamente sabido, han sido muchos en los diversos lugares. El último de ellos está a punto de ensayarse en nuestro propio país, con la apenas aprobada Ley de medidas urgentes de la reforma procesal. No se ha sido capaz, sin embargo, de acertar con esa “fórmula mágica” llamada a purgar los males endémicos del proceso penal.

Todos estos intentos, por lo demás, han sido frecuentemente tachados de inconstitucionales, por mermar las garantías de los acusados; y cuando han superado el control de constitucionalidad, lo han hecho por muy estrecho margen y con no pocas dificultades.

En numerosos países, especialmente los anglosajones, ha costado mucho digerir las insuficiencias del sistema penal, las rigideces del Código y los defectos del proceso penal. Han tratado de reaccionar por todos los medios, pero al final han tenido que rendirse ante la evidencia. En tales países, estaba muy arraigado, venía a ser una especie de dogma, el principio de la división de poderes, que obligaba a concentrar todas las funciones represivas en manos del juez, del juez penal, concretamente.

En otros países, sin embargo, la cosa ha sido más fácil, porque no sólo causas técnicas, sino también causas de carácter político, explican históricamente la insuficiencia del sistema penal.

En España, por ejemplo. España ha tenido casi siempre, a lo largo de los siglos XIX y XX, Gobiernos débiles, quíere-se decir, Ejecutivos poco representativos y perfectamente conscientes de su escaso arraigo social. Así las cosas, nuestro Poder Ejecutivo, nuestros Gobiernos, nunca han sabido ni querido

entregar a los jueces la totalidad del aparato represivo. Han desconfiado de ellos —la desconfianza hacia los jueces ha sido y es un elemento clave para poder entender nuestro sistema constitucional—; y han preferido, por el contrario, mantener buena parte de ese aparato represivo en sus propias manos, temerosos siempre frente a cualquier reacción social.

Regímenes tan dispares entre sí como la II República y el régimen de Franco si algo tienen de común, es precisamente esto: el miedo a desprenderse de la totalidad del aparato represivo. La Ley de la Defensa de la República de 1931 y la Ley de Orden Público de 1959 constituyen inmejorables testimonios de lo que se acaba de decir.

A todas estas causas técnicas y políticas de origen histórico, que explican la insuficiencia del sistema penal, hay que sumar una ya mucho más reciente: el propio Derecho penal en la actualidad ha renunciado a concentrar por sí mismo todo el aparato represivo. Si en un modelo puro de división de poderes, al juez corresponde en exclusiva la función de juzgar y de condenar, hoy está claro que ese modelo está en crisis.

El Derecho penal ya no pretende ostentar el monopolio de la función represiva. Muy por el contrario, prefiere limitar su intervención a lo mínimo imprescindible, ocuparse sólo de aquello de lo que realmente ningún otro sector del ordenamiento puede hacerse cargo. Es lo que técnicamente se conoce por el nombre de principio de intervención mínima o principio de subsidiariedad penal. Ello obliga a buscar auxilio, colaboradores a los jueces penales, en el ejercicio de las tareas represivas.

¿Qué colaboradores? El colaborador natural va a encontrarse en la Administración Pública. Las Administraciones Públicas van a ver reconocida una cuota del *ius puniendi* del Estado. Una cuota cada vez mayor.

3. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL

En España, la Administración va a contar con un destacado poder sancionador desde el principio, debido a las causas políticas que antes expusimos.

En otros países, como en Italia o Alemania, el constitucionalismo decimonónico y la realización del principio de la división de poderes, como también

se destacó, hizo del juez penal el único órgano legitimado para ejercer funciones represivas. Sin embargo, en el siglo XX hubo que empezar a rectificar las cosas y entregar parte de los ilícitos penales a la Administración, mediante procesos masivos de despenalización, que en realidad no eran tales, despenalización en sentido propio, sino trasvase o transformación de ilícitos penales en meros ilícitos administrativos.

Por una de esas extrañas paradojas de la historia, resulta que España, con un pasado nada respetuoso ni con la libertad ni con el principio de la división de poderes, estaba en mejores condiciones que muchos países para afrontar este cambio en el planteamiento del Derecho administrativo sancionador.

Y otra paradoja más. Todo esto que, en apariencia, parece un atentado gravísimo al principio de la división de poderes, resulta que ahora en el contexto actual, es, en última instancia, una garantía más para el ciudadano, ya que en los países de hoy —salvo alguna excepción, como el caso de Austria— sólo el juez penal está habilitado para privar de libertad a un individuo, el bien más precioso del hombre después de la propia vida. Reduciendo el papel del juez penal, se recortan también las posibilidades de perder la libertad.

En conclusión, así pues, la consolidación del principio de subsidiariedad penal en un Estado social y democrático de Derecho es la culminación de un amplio proceso histórico que ha conducido a atribuir a la Administración una cuota importante del *ius puniendi* del Estado, a la consagración definitiva del Derecho administrativo sancionador.

4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR: PLANTEAMIENTO ACTUAL, INSUFICIENCIAS Y POSIBLES REMEDIOS

Nuestra Constitución, aunque de forma muy tímida, sin que apenas pueda casi percibirse, se hace eco, del planteamiento descrito y reconoce la existencia de ese poder sancionador alternativo al del juez penal. Fundamentalmente, en el art. 25.

Pero hay más. Porque, por encima de este tímido reconocimiento en el plano constitucional, que es si se quiere lo más anecdótico en este caso, la realidad pone de relieve lo verdaderamente importante, a saber, que el Derecho

administrativo sancionador lleva ya mucho tiempo que no sólo desempeña funciones de mero auxilio; la Administración Pública no es una simple colaboradora del juez penal.

En efecto, el Derecho administrativo sancionador ha ido paulatinamente ganando protagonismo, hasta incluso poderse decir —aunque la afirmación es polémica— que se ha convertido en el corazón del sistema, desplazando del mismo a los jueces penales.

La evolución registrada por el tradicional Libro III del Código penal, sobre las faltas, y en particular las denominadas faltas “contra los intereses generales y el régimen de poblaciones”, es el mejor testimonio de ello: desde su introducción en el Código de 1848, pasando por su inaplicación práctica y llegando ahora a su supresión, tras la última reforma de 1989 por su solapamiento con el poder sancionador de la Administración.

Hoy en día, las sanciones administrativas existen prácticamente en todos los campos de la vida social. No se limitan como antaño a los ámbitos puramente domésticos de la Administración.

Las sanciones administrativas, además, tienen muchas veces un contenido aflictivo mayor que el de las propias sanciones penales. Por ejemplo, las multas frecuentemente son de más elevada cuantía; otras, incluso, son de cuantía indeterminada. Por ejemplo, la inhabilitación no tiene sólo carácter temporal. Muchas sanciones administrativas desembocan en la interdicción definitiva de ejercer determinada profesión: la separación de servicio a un funcionario, la expulsión de un colegio profesional, el cierre de una empresa o de un establecimiento comercial.

Pues bien, pese a todo este formidable aparato represivo y pese a la tremenda carga aflictiva aneja a muchas sanciones administrativas, hay que decir que con el Derecho administrativo sancionador, ha ocurrido exactamente igual que con el Derecho penal. Tampoco ha estado a la altura de las circunstancias, tampoco ha sabido proporcionar la respuesta eficaz que la sociedad necesita y demanda.

El nivel de incumplimiento de las normas sigue siendo muy elevado. Ejemplos en la mente de todos, como puede ser el medio ambiente, el urbanismo o el Derecho tributario o fiscal son suficientemente ilustrativos.

¿Qué causas podrían aquí explicar la insuficiencia del sistema administrativo-sancionador?

Por de pronto, podría tratar de invocarse una. La Administración Pública, como los jueces penales, están sujetos a muy estrechos límites y tienen que respetar un elevado número de garantías en el ejercicio del *ius puniendi*.

Estas limitaciones y garantías, sin embargo, son del todo lógicas en el caso que nos ocupa. A la Administración se le entrega, sí, parte del poder sancionador, y se quiebra con ello el principio de la división de poderes, pero obviamente, no para que ejerza ese poder a su total capricho, sino sometido a ciertas reglas y condiciones.

¿A cuáles? A las sanciones administrativas, en lo esencial, les son de aplicación los mismos principios y garantías que los propios de las sanciones penales.

No sólo es ésta una afirmación lógica y perfectamente comprensible. Es una consecuencia obligada, impuesta hoy directamente por la Constitución; un imperativo constitucional, como tiene reconocido nuestra jurisprudencia, la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional.

Es, además, la tónica dominante en Derecho comparado. No hace falta más que examinar la legislación de países como Italia, Alemania y Portugal. Y asimismo, la doctrina sentada por los Tribunales europeos de más alto nivel, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo o como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por tanto, en este sentido, nada o muy poco puede hacerse. Simplemente, asumir y dar por inevitable este planteamiento. Arrancar y partir de él.

Otra causa, sin embargo, puede explicar también las insuficiencias del sistema administrativo-sancionador. En ello existe un consenso prácticamente unánime en la doctrina y aquí sí es mucho, lo que, en cambio, puede hacerse.

La Constitución —y la jurisprudencia constitucional elaborada en torno a ella— establece, como hemos visto, la dirección que ha de seguir el Derecho administrativo sancionador: obliga a que las sanciones administrativas se rijan por los mismos principios que los de las sanciones penales.

No dice, sin embargo, mucho más. No precisa cuáles de esos principios, ni con qué grado e intensidad. Es más, señala que los principios penales son de aplicación a las sanciones administrativas “con ciertos matices”, expresión que permite, incluso, eludirlos en algunos casos, siempre que, por supuesto, exista justificación suficiente.

Ante el silencio de la Constitución, el panorama que presenta nuestro Derecho positivo es muy confuso. No se sabe exactamente qué principios son aplicables y sus límites, en qué campos o casos concretos operan.

Tal falta de claridad ha producido la paralización del Derecho administrativo sancionador; este Derecho no ha terminado de ponerse en marcha. Se echa de menos, concretamente, una Ley que con carácter general establezca las reglas que han de disciplinar el poder sancionador de la Administración.

En su momento, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 supuso un tremendo avance. Estableció un procedimiento sancionador común, que había de regir en todos los sectores de la vida social, salvo que una Ley especial fijara uno específico; lo que sucedió en algún caso (com función pública, régimen penitenciario, consumo, tráfico, disciplina de mercado), pero no fue ni mucho menos frecuente; antes bien, lo contrario.

Después de la Constitución, sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo se ha hecho insuficiente. Diversas disposiciones de la Carta Magna inciden de manera directa sobre el procedimiento sancionador (por todas, el art. 24, en especial, a partir de la jurisprudencia constitucional dictada en torno a él). Pero no sólo esto; junto a las reglas procedimentales estrictamente dichas, es necesario establecer otras de carácter sustancial (a partir del art. 25).

En otros países, estos pasos ya se han materializado. En Alemania, Italia o Portugal, por ejemplo, las propias Leyes de despenalización que transfieren ilícitos del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador han establecido esa disciplina general para las sanciones administrativas.

En España, el hueco estaba por cubrir, pese a que la necesidad de dicha disciplina constituye un clamor prácticamente general en la doctrina. Quizás el único punto donde exista el acuerdo total.

Pues bien, hay que decir que el paso está a punto de darse. El Boletín Oficial de las Cortes Generales del día 4 de marzo de 1992 publica el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Dicho Proyecto ha empezado ya su tramitación parlamentaria. El Título IX, compuesto de los artículos 125 a 136, lleva por denominación “De la potestad sancionadora”, y tiene por objeto establecer de una vez por todas la regulación general de las sanciones administrativas ⁽¹⁾.

(1) Seguramente, sin embargo, el texto en cuestión es demasiado parco. Desde luego, no aborda todos los problemas que las sanciones administrativas plantean, ni siquiera la mayor parte de esos problemas. Quizá sea ésta la principal objeción que puede reprochársele.

Por otra parte, en mi primer artículo sobre sanciones administrativas, ya puse de manifiesto la necesidad de que una Ley general ordenara la actividad sancionadora de la Administración (*Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, “Revista de Administración Pública”, n° 109, 1985).

Sin entrar en este momento en consideraciones de carácter puntual que no vienen al caso, la aparición de un texto de estas características debe merecer en términos generales un juicio favorable.

En primer lugar, viene a colmarse una laguna importante, una laguna reconocida por la propia doctrina, que ha sido la primera en denunciar las carencias existentes y en reclamar una disciplina general para las sanciones administrativas.

En segundo lugar, sin embargo, más allá de ello, mérito del texto es también reconocer la especificidad de las sanciones administrativas. El legislador prevé unas reglas propias para esta institución. Se aparta del régimen general previsto para los actos administrativos y establece para las sanciones administrativas una regulación independiente.

Más lejos todavía. Leyendo los diversos preceptos que integran el Título IX, dedicado a la potestad sancionadora, se percata uno rápidamente que la intención primera del legislador ha sido la de establecer para las sanciones administrativas un conjunto de principios inspirados en el Derecho penal como punto de partida.

No podía ser de otra manera, ciertamente. Se trata, como antes se dijo, de un imperativo constitucional. Ahora bien, pese a todo, el mérito del legislador no puede ser desconocido.

En nuestro país, asimismo, a nivel de legislación ordinaria, las sanciones administrativas encuentran en el Derecho penal su principal fuente de inspiración, y se conforman y regulan con los principios provenientes de ese Derecho.

Aparte de esto, en lo que ha sido el hilo conductor de nuestra conferencia, ha aumentado la claridad, y ello puede ser el revulsivo que el Derecho administrativo sancionador necesita para salir de su estancamiento. Quizás pueda ahora estar a la altura de las circunstancias. Y sin prescindir de las garantías de los ciudadanos, pueda ahora proporcionar esa respuesta eficaz que motivó su aparición como alternativa al Derecho penal.