

M O N O G R A F Í A S

Alejandro  
Huergo  
Lora  
(Director)

PROBLEMAS ACTUALES  
DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR



Libro elaborado en el marco del proyecto de investigación «Sanciones administrativas frente a penas y medidas no sancionadoras: análisis de eficiencia como mecanismos de garantía de las políticas públicas» (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad).

1.ª edición, 2018

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2018, by Alejandro Huergo Lora

Iustel  
Portal Derecho, S. A.  
[www.iustel.com](http://www.iustel.com)  
Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-338-6  
Depósito legal: M-11429-2018

Preimpresión y producción:  
Dagaz Gráfica, s.l.u.

*Printed in Spain - Impreso en España*

# Índice

---

<b>Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas . . . . .</b>	<b>15</b>
<i>Alejandro Huergo Lora</i>	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	15
2. PREMISAS METODOLÓGICAS. . . . .	17
3. ALGUNOS FACTORES QUE CONDICIONAN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS . . . . .	25
a) <i>El protagonismo de las sanciones en el instrumentario de las Administraciones Públicas en España: ¿administrar sancionando? . . . . .</i>	25
b) <i>La dispersión normativa del Derecho administrativo sancionador: un factor adicional de inseguridad. . . . .</i>	30
c) <i>La «penalización» de la vida jurídica, debida entre otras cosas al mal funcionamiento de otros mecanismos de obtención de información. . . . .</i>	33
4. LA LIMITACIÓN DE CIERTOS MEDIOS DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS A LA PERSECUCIÓN DE DELITOS (NO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS) . . . . .	35
a) <i>El ámbito de aplicación restrictivo de ciertos medios de obtención de pruebas . . . . .</i>	35
b) <i>Los valores en presencia: el doble sentido del principio de proporcionalidad. . . . .</i>	39
c) <i>Un problema derivado: la transferencia de pruebas entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal. . . . .</i>	40
d) <i>El supuesto particular de la lucha contra el dopaje . . . . .</i>	42
e) <i>La exigencia de una habilitación expresa para la reutilización, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia . . . . .</i>	44
f) <i>Conclusión: la necesidad de una regulación expresa de la posible utilización administrativa de las pruebas obtenidas en el procedimiento penal, que sólo debería ser admitida en casos excepcionales . . . . .</i>	45

5.	EL DEBER DE COLABORACIÓN, ¿UN CONTRAPESO DE LOS MEDIOS DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS QUE NO PUEDEN UTILIZARSE PARA LA PERSECUCIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS? . . . . .	46
	a) <i>Medios de obtención de pruebas específicos del procedimiento sancionador.</i> . . . . .	46
	b) <i>La verdadera entidad de las diferencias en la aplicación del derecho a no autoincriminarse en el proceso penal y en el procedimiento administrativo sancionador.</i> . . . . .	49
6.	CONCLUSIONES. . . . .	58

**Crítica a la doble publicidad de ciertas sanciones en la Ley del Mercado de Valores . . . . .** 61

*Ignacio Farrando Miguel*

1.	PRESENTACIÓN . . . . .	61
2.	EL DOBLE SISTEMA PUBLICITARIO ESPAÑOL Y LA AUSENCIA DE FUNDAMENTO COMUNITARIO O DE PRECEDENTES EN LA NORMATIVA EUROPEA . . . . .	65
3.	LA DOCTRINA JUDICIAL RELATIVA A LA SUSPENSIÓN DE LA PUBLICACIÓN DE LAS SANCIONES . . . . .	69
4.	UN APUNTE SOBRE LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA PUBLICACIÓN EN EL BOE . . . . .	79
5.	LA PUBLICACIÓN DE LAS SANCIONES EN EL BOE Y LA NECESARIA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROTECTORA DE DATOS TRATÁNDOSE DE PERSONAS FÍSICAS . . . . .	82
6.	LOS REPAROS BASADOS EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS A LA PUBLICACIÓN EN EL BOE DE SANCIONES MUY GRAVES Y GRAVES A PERSONAS FÍSICAS. . . . .	87
	a) <i>La publicación de las sanciones en el BOE es excesiva, por redundante, al repetir la realizada en la página web de la CNMV.</i> . . . . .	90
	b) <i>La publicación de las sanciones en el BOE no respeta la exigencia de examen de la proporcionalidad</i> . . . . .	92
	c) <i>La publicación de las sanciones en el BOE dificulta la remoción de los datos personales cuando ya no tienen relevancia</i> . . . . .	94
7.	CONCLUSIÓN . . . . .	100

**Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora** . . . . . 101

*Javier García Luengo*

1. CONCEPTO DE CARTA ADMONITORIA Y SU FUNCIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS REGULATORIOS. . . . . 101
2. LAS CARTAS ADMONITORIAS Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA . . . . . 108
3. LAS CARTAS ADMONITORIAS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD . . . . . 114
4. LA DECISIÓN DISCRECIONAL DE EMITIR UNA CARTA ADMONITORIA . . . . . 118
5. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CARTAS ADMONITORIAS. . . . . 119
6. LA TUTELA JUDICIAL FRENTE A LAS CARTAS ADMONITORIAS . . . . . 121
7. LA PUBLICACIÓN DE LAS CARTAS ADMONITORIAS. . . . . 126
8. CONCLUSIONES. . . . . 127

**A vueltas con la disciplina universitaria: un vestigio histórico que es necesario superar** . . . . . 129

*Asunción Nicolás Lucas*

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA . . . . . 129
  2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD . . . . . 148
  3. EL CASO ESPECIAL DE LOS ENTES LOCALES . . . . . 157
  4. RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL. . . . . 162
  5. EL CASO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. . . . . 169
  6. APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA A LAS UNIVERSIDADES . . . . . 170
  7. CONCLUSIONES. . . . . 173
- BIBLIOGRAFÍA . . . . . 176

**El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador** . . . . . 179

*Miguel Navajas Rebollar*

1. LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA. . . . . 179
2. LA DENUNCIA EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS . . . . . 182

3.	EL DENOMINADO PROGRAMA DE CLEMENCIA . . . . .	185
a)	<i>El origen del programa de clemencia . . . . .</i>	185
b)	<i>La introducción del programa de clemencia en el Derecho español . . . . .</i>	188
c)	<i>Otros ámbitos sectoriales en los que se aplican programas similares. La colaboración contra redes organizadas de tráfico de seres humanos, inmigración ilegal o explotación laboral . . . . .</i>	194
4.	EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO. . . . .	197
a)	<i>La introducción del programa de clemencia en la regulación de la denuncia . . . . .</i>	197
b)	<i>La crítica del Consejo de Estado . . . . .</i>	198
c)	<i>La tramitación parlamentaria. . . . .</i>	199
d)	<i>El artículo 62.4 de la LPACA. La extensión del programa de clemencia al procedimiento sancionador . . . . .</i>	200
	BIBLIOGRAFÍA . . . . .	204

**Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo . . . . .** 207

*Luis Roca de Agapito*

1.	INTRODUCCIÓN . . . . .	207
2.	LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL . . . . .	210
3.	LA CIRCULAR 1/2016, DE 22 DE ENERO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. . . . .	218
4.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 154/2016, DE 29 DE FEBRERO . . . . .	221
5.	CONCLUSIONES. . . . .	229

**Sanciones administrativas y medioambiente: la lucha contra la contaminación atmosférica. Especial referencia a la autorización ambiental integrada y las actividades clasificadas . . . . .** 235

*Manuel Álvarez-Areces Rodríguez*

1.	ANTECEDENTES. . . . .	235
2.	SITUACIÓN ACTUAL . . . . .	237

<i>Índice</i>	11
3. PERSPECTIVAS DE FUTURO . . . . .	240
4. CONCLUSIONES. . . . .	253
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	254
<b>La responsabilidad de los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador . . . . .</b>	<b>257</b>
<i>Mónica Álvarez Fernández</i>	
1. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD ANTE EL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO . . . . .	257
2. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR . . . . .	262
a) <i>La capacidad de obrar de los menores de edad</i> . . . . .	262
b) <i>La capacidad de culpabilidad o imputabilidad</i> . . . . .	266
c) <i>La oportunidad de establecer un límite de edad para la imputabilidad sancionadora</i> . . . . .	272
3. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA RESPONSABILIDAD DE PADRES, TUTORES Y GUARDADORES. . . . .	279
a) <i>La infracción cometida directamente por padres, tutores o guardadores</i> . . . . .	283
b) <i>La responsabilidad pecuniaria de padres y tutores por las infracciones cometidas por los menores de edad a su cargo</i> . . . . .	289
c) <i>La responsabilidad resarcitoria</i> . . . . .	292
4. LA NECESIDAD DE CONTAR CON OTRAS SANCIONES ESPECÍFICAS PARA LOS MENORES DE EDAD. EN PARTICULAR, LAS SANCIONES DE CARÁCTER EDUCATIVO Y LA REALIZACIÓN DE PRESTACIONES EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. . . . .	297
<b>Ejecutividad y prescripción sancionadoras tras la reforma del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . . . . .</b>	<b>307</b>
<i>Gustavo Manuel Díaz González</i>	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	307
2. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS ANTES Y DESPUÉS DEL ARTÍCULO 90.3 DE LA LEY 39/2015 . . . . .	309

3.	LA SUPERACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRESCRIPCIÓN SANCIONADORA EN LOS SUPUESTOS DE FALTA DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA . . . . .	321
4.	CONCLUSIÓN . . . . .	325
	BIBLIOGRAFÍA . . . . .	326
	<b>La protección del derecho a la salud a través de la potestad sancionadora . . . . .</b>	<b>331</b>
	<i>Javier García Amez</i>	
1.	LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD . . . . .	331
2.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA: LÍMITES Y GARANTÍAS . . . . .	332
3.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. . . . .	335
	a) <i>Introducción</i> . . . . .	335
	b) <i>El principio de legalidad</i> . . . . .	336
	c) <i>El principio de tipicidad</i> . . . . .	340
	d) <i>Principio de irretroactividad</i> . . . . .	341
	e) <i>Principio de responsabilidad</i> . . . . .	343
	f) <i>Principio de proporcionalidad</i> . . . . .	345
	g) <i>Principio de prescripción</i> . . . . .	348
4.	RELACIÓN ENTRE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LA PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO . . . . .	350
	a) <i>El principio non bis in idem</i> . . . . .	350
	b) <i>La prejudicialidad penal</i> . . . . .	352
5.	LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS Y SU COMPATIBILIDAD . . . . .	353
	a) <i>Las sanciones disciplinarias</i> . . . . .	353
	b) <i>Las potestad disciplinaria en el ámbito sanitario</i> . . . . .	355
6.	LA GARANTÍA PROCEDIMENTAL . . . . .	358
	a) <i>El procedimiento sancionador: derecho y garantía</i> . . . . .	358
	b) <i>Especialidades del procedimiento sancionador</i> . . . . .	359
	BIBLIOGRAFÍA . . . . .	362

# Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas

---

*Alejandro Huergo Lora*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

## 1. Introducción

El objeto de este trabajo es profundizar en las diferencias entre el Derecho penal y el administrativo sancionador para poner de manifiesto que constituyen dos instrumentos *distintos y complementarios* y ofrecer al legislador más elementos que sirvan para optar entre uno y otro a la hora de sancionar determinadas conductas y de dotar así de eficacia a las normas cuyo incumplimiento es objeto de castigo<sup>1</sup>.

Vamos a centrarnos, concretamente, en una de esas diferencias, la relativa a los medios de obtención de pruebas, aunque en esta introducción querría mencionar algunas otras que he analizado en anteriores trabajos, como la responsabilidad civil derivada de la comisión de infracciones administrativas (y la posibilidad de que sea exigida por la Administración en la resolución sancionadora)<sup>2</sup>, o que

---

<sup>1</sup> Al «problema de la articulación entre ambos mecanismos sancionadores» me refería en *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 25. *Vid.*, también, M. GÓMEZ TOMILLO/Í. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (4.<sup>a</sup> ed.), pp. 111-112.

<sup>2</sup> «Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la Administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infrac-

en todo caso son merecedoras de un estudio más profundo, como el distinto régimen de la interrupción de la prescripción en caso de inactividad de la Administración<sup>3</sup>.

ción?», *Liber amicorum Prof. Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 399-412. Al tema se refiere también L. PAREJO ALFONSO, «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del *status* de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, 36 (2014), p. 23, nota 47: «Lo cierto es que en materias como la defensa de bienes e intereses sociales (consumo) o de relevancia constitucional directa (medio ambiente), la extensión de la competencia de la Administración a la indemnización de terceros (con ser criticable desde diversos puntos de vista) resulta una solución que, en la práctica, abre una vía favorable para los particulares ante la inexistencia de una opción mejor para el rápido y efectivo restablecimiento o resarcimiento de sus derechos. Y no deja de haber opiniones doctrinales favorables a la misma por razones de eficiencia y eficacia. Es una cuestión, en todo caso, que amerita mayor atención que la que hasta ahora se le ha prestado». También se han pronunciado sobre esta cuestión, en sentido claramente desfavorable a que la Administración pueda decidir sobre la responsabilidad civil del infractor, J. M.<sup>2</sup> BAÑO LEÓN, «Los excesos de la llamada autotutela administrativa», *REDA*, 181 (2016), pp. 69-86, esp. pp. 83-85, M. REBOLLO PUIG, «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 345-495, pp. 434-435, y T. CANO CAMPOS, «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, 201 (2016), pp. 25-68, esp. pp. 65-66.

<sup>3</sup> Tanto las penas como las infracciones administrativas están sometidas a plazos de prescripción. La prescripción de las infracciones penales y administrativas es, con carácter general, una exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), aunque existen excepciones, al menos en el ámbito penal (arts. 131.4 y 133.2 CP). En el campo administrativo se mantiene con mayor claridad el dogma de la prescripción de las infracciones, incluso en aquellas materias en las que las medidas de restablecimiento de la legalidad no están sometidas a prescripción (por ejemplo, en el Texto Refundido de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, arts. 241.4 y 255).

Pero, mientras que en Derecho penal el denunciante o querellante puede provocar por sí mismo la interrupción de la prescripción, sin otro requisito adicional que el acto judicial de admisión a trámite de la querrela (y ello tras la nueva doctrina creada por el TC a partir de su sentencia 63/2005 que ha llevado a la modificación del artículo 132, puesto que antes bastaba la presentación de la denuncia o querrela; actualmente la presentación de la denuncia o querrela *suspende* el plazo de prescripción durante seis meses, para dar tiempo a que, con su posible *admisión*, quede interrumpido el plazo), en el ámbito sancionador administrativo es precisa una decisión administrativa de iniciación del procedimiento y su notificación al presunto infractor (art. 132.2 de la Ley 30/1992), de modo que el particular no puede, ni siquiera con la colaboración judicial, evitar que transcurra el plazo de prescripción de las infracciones y se produzca la extinción de la responsabilidad. Lo reconoce R. CABALLERO SÁNCHEZ en la detallada voz «Prescripción de infracciones y sancio-

## 2. Premisas metodológicas

Este trabajo constituye una continuación de las ideas que expuse en mi monografía *Las sanciones administrativas* (2007), que muy brevemente repaso a continuación.

---

nes» [B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 641-666): «Sólo el acuerdo de iniciación notificado interrumpe la prescripción, sin que se pueda adjudicar este efecto a la orden del superior o a la petición razonada de otro órgano de que se inicie el procedimiento, ni a la denuncia que se haya podido formular, que son las causas que darán lugar a aquél, aparte de la propia iniciativa del órgano competente» (p. 651, la cursiva es mía).

El recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones en las que se ejerce la potestad sancionadora puede llevar (es su principal función) a la anulación o reducción de la sanción, o incluso a que se anule el archivo de la denuncia y a que se obligue a la Administración a iniciar un procedimiento, pero no parece posible obtener una sentencia que, supliendo la inactividad de la Administración, sancione o interrumpa la prescripción. Sólo he encontrado una referencia doctrinal directa a esta cuestión, en M. REBOLLO PUIG/M. IZQUIERDO CARRASCO/L. ALARCÓN SOTOMAYOR/A. BUENO ARMJO, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 879-880, donde se reconoce que el problema no está resuelto por la jurisprudencia: «Otra cuestión relevante es si, ante la inactividad de la Administración en la persecución de una infracción, el ejercicio por parte de un tercero interesado de una acción para que se reprima la infracción interrumpe la prescripción. De la posibilidad de que los particulares exijan a la Administración el ejercicio de su potestad sancionadora nos hemos ocupado en el capítulo XII de esta obra. Ahora lo que nos interesa es saber si esa exigencia, suponiendo que llegue a prosperar (por ejemplo, porque una sentencia condene a la Administración a tramitar el procedimiento sancionador), es capaz de interrumpir el plazo de prescripción de la supuesta infracción. Del artículo 132.2.2.º de la LRJPAC [art. 30.2.2.º de la Ley 40/2015] parece desprenderse una respuesta negativa puesto que sólo se refiere como causa de interrupción a la iniciación misma del procedimiento sancionador. Pero esta respuesta conduciría normalmente a la inutilidad de estas pretensiones de los interesados de que se sancione una infracción, porque entonces, cuando tras el contencioso-administrativo la Administración incoe el procedimiento, habrá pasado el plazo de prescripción. Por ello parece más lógico admitir que el ejercicio de esas acciones, al menos desde el momento en que el presunto infractor tuvo conocimiento formal de ello, sí interrumpe el plazo de prescripción. Pero no hay jurisprudencia al respecto». La comunicación al presunto infractor de esa denuncia del particular (o del recurso interpuesto contra su archivo o contra la mera inactividad ante su presentación) no tiene un cauce claro, porque desde luego la Administración inactiva no va a colaborar y es dudoso que una posible comunicación «privada», impulsada por el denunciante, pueda producir ese efecto interruptivo de la prescripción.

Esta mayor dependencia de la intervención administrativa debe ser tenida en cuenta por el legislador para decidir la utilización de sanciones penales o administrativas.

A riesgo de pronunciar una obviedad, las sanciones penales y administrativas son distintas entre sí y están dotadas de garantías diferentes<sup>4</sup>. Nadie las confunde. En este sentido, a pesar de la teórica asimilación de garantías que constituye al menos una tendencia, un objetivo exigido por la jurisprudencia constitucional, que condiciona la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración a que la misma se vea dotada de las garantías vinculadas al llamado *ius puniendi* único, lo cierto es que las garantías (y, en general, las reglas de aplicación) son irremediabilmente distintas en el ámbito penal y en el sancionador administrativo<sup>5</sup>, empezando por el distinto alcance de la garantía judicial, porque la pena la impone un juez en un proceso en el que el demandado no tiene que probar su inocencia, mientras que en el ámbito sancionador administrativo el juez sólo interviene para controlar la legalidad de la sanción que ya ha sido impuesta por una resolución que además

<sup>4</sup> «Hablamos de diferencias naturales o inevitables porque el simple hecho de que las sanciones las imponga la Administración supone un cambio trascendental. La diferenciación conceptual entre penas y sanciones administrativas estriba únicamente en el dato formal de la competencia judicial o administrativa. Pero es que esa diferencia formal es capital y de ella derivan otras muchas, ya no sólo formales. La distinta función constitucional de la Administración y los jueces, su diversa posición ante el ordenamiento, lo cambia todo y cada una de las actuaciones de esos dos poderes, aunque materialmente puedan presentar algún parecido remoto. Podrá aceptarse, quizás, que ciertos hechos puedan ser penados por los jueces o sancionados por la Administración según lo que decida el legislador, pero una vez hecha la opción hay una transformación indefectible» [M. REBOLLO PUIG, en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, cit., «Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)», p. 324].

<sup>5</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, defendido por este autor en *Las sanciones administrativas*, el trabajo de L. GRACIA MARTÍN, «La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del Derecho», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18 (2016), pp. 1-131, p. 38, donde defiende «rechazar la tan extendida como errónea doctrina que partiendo de la proclama de una identidad o semejanza substanciales entre Derecho penal y sancionador administrativo y de que por esto ambos deben regirse por una unidad de principios, inmediatamente después se desdice de esto afirmando que los principios y los conceptos del primero no pueden ser trasladados en toda su plenitud y sin más al segundo a causa de ciertas peculiaridades propias y específicas que se darían en este, y termina formulando unos conceptos de infracción y de culpabilidad “modulados” o adaptables a aquellas supuestas peculiaridades».

goza de la presunción de validez<sup>6</sup>. Dentro de esas diferencias de régimen debe mencionarse la prohibición constitucional de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad (art. 25.3), la limitación de las entradas en domicilio sin autorización judicial a los casos de flagrante delito, pero no de infracción administrativa (art. 18.2), la limitación a la investigación de delitos —no infracciones administrativas— de las restricciones al derecho de acceso a archivos y registros administrativos [art. 105.b)] y muchas otras diferencias de rango legal, empezando por las medidas que se pueden adoptar en un proceso penal para la obtención de pruebas (intervención de las comunicaciones) que no están previstas en el procedimiento administrativo sancionador, y a las que me referiré más adelante.

---

<sup>6</sup> En este sentido, es interesante la norma de la Ley del proceso contencioso-administrativo peruano (Decreto Supremo n.º 013/2008/JUS, por el que se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1067), que establece una regulación específica de la carga de la prueba para los procesos en que se impugnan sanciones administrativas: «si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a ésta» (art. 33, párrafo 2.º). En esta norma se tiene en cuenta la especialidad que se plantea cuando el recurso contencioso-administrativo se interpone contra una sanción y no contra otro acto administrativo diferente. Pugnán en este caso la presunción de inocencia y la presunción de validez, y este precepto intenta compensar la desventaja que la primera sufre cuando la intervención judicial se plantea contra un acto administrativo, dotado, por definición, de presunción de validez. Es verdad que conceptualmente la presunción de legalidad y la presunción de validez (que tampoco son conceptos sinónimos) no alteran la carga de la prueba en el proceso en el que se impugna una sanción administrativa, de modo que no son incompatibles con la presunción de inocencia. Así lo ha explicado en detalle M. REBOLLO PUIG, en «La presunción de validez», *REDA*, 128 (2005), pp. 587-638, pp. 621-622, tal como ha dicho el TC (sentencia 76/1990) o la doctrina más autorizada (en los manuales, por todos E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Cizur Menor. 2017 (15.ª ed.), p. 209 o S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público Generales*, tomo XII (2.ª ed.), BOE, Madrid, 2017, pp. 82-83. Con todo, creo que en la práctica el mero hecho de que el demandante comparezca en el contencioso como recurrente de un acto administrativo, en la práctica le coloca en una situación de desventaja, diferente a la que se produce en un juicio penal. Sobre esta cuestión, *vid. Las sanciones administrativas*, cit., pp. 413 y 430.

Además, el reproche social (es decir, el reproche en el crédito público) que la imposición de una pena significa para el condenado no es el mismo que el de las sanciones administrativas (de ahí que la frecuente fórmula consistente en la absolción o sobreseimiento «sin perjuicio de posibilidades infracciones administrativas», sea vista como una absolción en la opinión pública)<sup>7</sup>. Tampoco es ilimitada la potestad del legislador de elegir entre la tipificación penal o administrativa de las infracciones: existen bienes jurídicos que han de ser protegidos por la vía penal y, por el contrario, hay conductas que podría ser inconstitucional tipificar como delito<sup>8</sup>. La «despena-

<sup>7</sup> No se trata sólo de la imposición de una pena, sino que la simple condición de «investigado», y más aún la apertura de juicio oral, aunque no supongan necesariamente que vaya a dictarse sentencia de condena, son descalificadoras en muchos ámbitos, especialmente para los titulares de cargos públicos. No así la imposición de una sanción administrativa, salvo en el caso de las sanciones cuyo contenido específico es precisamente la suspensión del ejercicio de un cargo, o que privan al interesado de la «honorabilidad» requerida para su ejercicio.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, *vid. Las sanciones administrativas*, cit., pp. 143-153, con referencia a los escasos supuestos en que el TC se ha pronunciado sobre ella. Manejan criterios similares M. GÓMEZ TOMILLO/Í. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 122-123: «La utilización de uno u otro sector del ordenamiento jurídico es una cuestión en la que subyacen criterios de política legislativa orientada por los criterios generales, como el citado principio de proporcionalidad (no sería admisible sancionar con la pena de prisión un aparcamiento indebido, lo que afecta a la teoría de la sanción y no de la infracción administrativa, lo cual nos exime de un análisis más detenido), o el carácter de *ultima ratio* propio del Derecho penal». Sobre esta última cuestión, más adelante (p. 125): «En este contexto, el principio de subsidiariedad implica que el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal —el Derecho civil, el administrativo, incluso la política social— antes de acudir a éste que sólo deberá intervenir cuando aquéllos se hayan mostrado ineficaces (lo cual, seguramente, sea extrapolable al Derecho administrativo sancionador, el cual, a su vez, parece claro que político-legislativamente debe ser de utilización prioritaria frente al Derecho penal, reservado para las conductas más graves)». Desde el campo del Derecho administrativo, en términos similares, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, tomo XII, cit., pp. 288-289.

Mientras que la afirmación de que el legislador tiene unos «deberes de protección» de determinados bienes jurídicos (los más importantes) que le obligan a tutelarlos mediante el Derecho penal y no mediante sanciones administrativas, es generalmente compartida (aunque lo cierto es que en la práctica son escasos los supuestos en que se aplica), sí ha generado alguna polémica la idea de que no se debe utilizar en exceso el Derecho penal, convirtiendo en delictivas conductas de escasa gravedad. Una posición que, sobre la base del Derecho alemán y de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, pero también de la jurisprudencia del TC español, se exponía en *Las sanciones administrativas*, cit. (pp. 82-84, y 148-151), y a

la que se han opuesto tanto M. REBOLLO PUIG [«Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)», cit., pp. 329-330] como L. ALARCÓN SOTOMAYOR, «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 195 (2014), pp. 135-167, esp. pp. 153-159. Vaya por delante que estoy persuadido de que en esta materia las visiones aparentemente contrapuestas están mucho más cercanas de lo que parece. Por mucho que se afirme la identidad de los delitos y de las infracciones administrativas (o de las penas y las sanciones), a renglón seguido hay que reconocer las abundantes diferencias de régimen jurídico entre unas y otras o la existencia de límites en la potestad legislativa de elegir entre una y otra categoría a la hora de castigar una determinada conducta (aunque coexistan con abundantes zonas atribuidas a la discrecionalidad del legislador). Eso sí: me parece más razonable desde el punto de vista de la construcción o de la dogmática jurídica afrontar esas diferencias de régimen y tratar de darles un sentido, que presentarlas como una especie de «margen de error» de la tesis de la igualdad entre penas y sanciones, un «residuo inevitable» en el intento de equiparación (como ocurre, en mi opinión, en buena parte de la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión), porque sólo analizando esas diferencias se podrá valorar hasta qué punto están justificadas y tenerlas en cuenta a la hora de elegir uno u otro instrumento.

Al final la discrepancia se reduce, creo, al argumento de la «intervención mínima» o del principio de proporcionalidad como posible límite a la aplicación del Derecho penal. Nadie discute que el legislador podría quitar competencias sancionadoras a la Administración y dárselas a los jueces penales en toda clase de infracciones (se trataría, si tal cosa se hiciese, de otorgar esas competencias a los jueces penales *ex novo*, más que de «devolvérselas», porque al menos en España seguramente nunca las han tenido sobre buena parte de lo que ahora son infracciones administrativas). Ello sería seguramente más garantista para los ciudadanos, puesto que siempre he dicho que las sanciones administrativas nunca tienen las mismas garantías que las penas. Es cierto que hay modelos, como el norteamericano (a ello me referiré dentro de un momento) en el que buena parte de nuestras infracciones administrativas más graves (las del ámbito económico) son delitos, castigados por los jueces, aunque también allí se ha abierto paso la atribución de potestades sancionadoras a las Administraciones *para las conductas menos graves* (un ejemplo: B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 1991, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 88-89, a propósito de las sanciones de tráfico, añadiendo que «la transferencia de la potestad punitiva desde los tribunales a las agencias [administrativas] excluye que tales infracciones puedan ser sanciones con penas privativas de libertad, y también significa que esas infracciones dejan de ser delitos, con el efecto de estigmatización y demás consecuencias anejas a ellos»). En un sistema de ese tipo, el Derecho penal perdería buena parte del efecto de reproche que tiene ahora, puesto que se banalizaría («todo» sería delito), o bien surgiría una nueva barrera, entre los delitos castigados con pena de privación de libertad (que serían más graves y con un efecto de reproche más claro) y los demás. Ahora bien: mientras no nos acerquemos a ese esquema de monopolio penal (es decir, judicial) de las potestades punitivas (y no sólo no nos acercamos, sino que nos alejamos a bastante velocidad, como lo prueba la «despenalización» de las faltas en

2015, que nos acerca definitivamente al modelo alemán o al italiano, por cierto), me parece necesario dar sentido a la coexistencia de esos dos instrumentos, el penal y el administrativo, que tienen características diferentes. Y ese sentido, en el contexto actual, no puede ser otro que el de reservar el Derecho penal para las conductas más graves. El penal es más garantista, *pero también es más gravoso*, no sólo por la sanción que impone y por el reproche asociado, sino incluso en la instrucción y en las potestades que durante la misma pueden emplearse. La idea de que es necesario tener en cuenta las características de los dos instrumentos punitivos para decidir cuál debe utilizarse en cada caso la expresa también J. TORNOS MAS, en «¿Quién debe ejercer el *“ius puniendi”* del Estado?», *REDA*, 161 (2014), pp. 13-16, p. 15: «La discusión debería centrarse en tratar de determinar qué criterios deben guiar la discrecionalidad del legislador al optar por una u otra vía sancionadora. Y esta discusión, partiendo de las diferencias existentes entre los dos órdenes sancionadores, debe tratar de alcanzar al mismo tiempo y de forma ponderada dos finalidades. Por un lado la eficacia de las medidas sancionadoras, pero por otro lado el respeto de las libertades ciudadanas. Nadie discute el poder punitivo del Estado, pero su ejercicio no sólo debe estar amparado formalmente en la ley. Para que sea legítimo, debe estar atribuido al poder estatal que puede cumplir mejor los dos fines que acabamos de señalar».

Por otro lado, creo que entre los límites del legislador en el uso de la potestad sancionadora administrativa (que excluirían la tipificación de infracciones administrativas y obligarían a optar por el Derecho penal) ha de encontrarse, no sólo la protección de los bienes jurídicos más importantes como la vida, sino también la imposición de sanciones cuando la conducta castigada constituye expresión de un derecho fundamental, de modo que al imponer sanciones se está delimitando hasta dónde llega la libertad del ciudadano y dónde empiezan los derechos de los demás (por ejemplo, el derecho al honor). Este argumento me ha llevado a criticar la tipificación como infracción administrativa, en la legislación del sector audiovisual, de la emisión de contenidos que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación: «A la vista de los bienes jurídicos que se intenta proteger, que tienen la protección propia de los derechos fundamentales y se encuentran recogidos en los artículos 10.1 y 14 CE, parece claro que nos encontramos ante conductas que es más correcto castigar por la vía penal que por la vía sancionadora administrativa. Además, en la práctica, la aplicación de este tipo supone conceder a la Administración un margen no pequeño de apreciación, poco recomendable en materia sancionadora. Sobre todo cuando nos movemos en un territorio muy sensible, como es el de los límites a la libertad de expresión. Aunque la conducta tipificada como infracción es lesiva de bienes jurídicos indudablemente merecedores de protección, y en ese sentido no debe quedar impune, no podemos olvidar que se encuentra al lado de un “órgano vital” como la libertad de expresión» [«El régimen sancionador», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación. V. Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 603-619; p. 607]. Algo parecido puede suceder, aunque no cabe desarrollarlo en este momento, con algunas de las infracciones tipificadas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (o en su predecesora). Llama la atención sobre este problema A. BOIX PALOP, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, 173 (2016), pp. 55-112, esp. pp. 103-104.

lización» de las faltas producida con la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, que en algunos casos las convierte en infracciones administrativas, como se hizo en Alemania y en Italia, ha puesto de relieve con más claridad este hecho, puesto que las faltas eran probablemente los elementos que menos encajaban en esta construcción<sup>9</sup>.

Un debate en el que cada vez importa más la aportación del Derecho comunitario, que poco a poco abandona la neutralidad de las técnicas jurídicas (en este caso, neutralidad o indiferencia entre la represión administrativa y la penal) y exige precisamente la previsión de sanciones penales o administrativas<sup>10</sup>. En esta misma línea es necesario mencionar las reservas que sobre la transferencia a la Unión Europea de competencias sobre el Derecho penal (no sobre las sanciones administrativas) efectuó el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia «Lisboa» de 30 de junio de 2009<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión me remito a las actas del Congreso Internacional sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, celebrado en Córdoba en noviembre de 2017, de próxima aparición, y en particular a la ponencia del profesor GÓMEZ TOMILLO, con importantes consideraciones sobre la difícil distinción, en la práctica, entre algunos de los «nuevos» delitos leves y determinadas infracciones administrativas.

<sup>10</sup> Christian WALDHOFF, «¿Puede la Unión Europea ordenar a los Estados que utilicen el Derecho penal para dotar de eficacia a determinadas normas administrativas? Las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa y los límites constitucionales que encuentran en Alemania», *REDA*, 155 (2012), pp. 53-65.

Un ejemplo reciente lo encontramos en el campo del «abuso de mercado», es decir, la lucha contra la información privilegiada y la manipulación de los mercados de valores. Mientras que la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero de 2003, establecía que la sanción penal de estas conductas era voluntaria para los Estados miembros, siendo suficiente establecer sanciones administrativas (art. 14.1), el paquete normativo de 2014 incluye la Directiva 2014/57/UE de 16 de abril de 2014, que exige la previsión de sanciones penales para determinadas conductas, y el Reglamento 596/2014, de la misma fecha, que exige la imposición de sanciones administrativas para algunas infracciones (pudiendo, en buena parte de los casos, prescindir de ellas si han tipificado las correspondientes infracciones como delitos).

<sup>11</sup> Básicamente, el Tribunal considera que el Derecho penal es uno de los núcleos de la condición de Estado, que no pueden ser traspasados a la Unión Europea, por lo que limita la cooperación en este ámbito a lo intergubernamental (párrafos 253 y 352-366, fundamentalmente). Sobre el significado de esta decisión, S. MUÑOZ MACHADO, *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona, 2016, pp. 225-232.

En segundo lugar, las sanciones administrativas deben distinguirse cuidadosamente de otras medidas de gravamen no sancionadoras que también impone la Administración<sup>12</sup>. La tendencia del Derecho español a configurar muchas de estas medidas de gravamen como sanciones o como medidas accesorias de sanciones perjudica claramente a los intereses públicos y de terceros que con esas medidas se quiere proteger, al condicionar su aplicación a circunstancias puramente personales del infractor (empezando por la culpabilidad), que son muy relevantes en la aplicación de las sanciones administrativas (cuya finalidad es únicamente el castigo del infractor), constituyéndose en condiciones de validez de las mismas, pero que no deben serlo en estas otras medidas con las que se persigue la tutela directa del bien jurídico de que se trate, que no puede quedar en entredicho por la falta de culpabilidad del infractor<sup>13</sup>.

En tercer lugar, las sanciones ocupan en España una posición intermedia entre el Derecho penal (del que toman, con más o menos éxito, los principios informadores de su régimen sustantivo y procedimental) y el administrativo en el que viven y que informa de modo predominante su régimen jurídico, pues las sanciones son actos administrativos y no sentencias. De algún modo, se trata de un injerto penal en una planta administrativa, un cuerpo extraño, en suma<sup>14</sup>. Por eso es necesario revisar todas las especialidades pe-

<sup>12</sup> A este problema ha hecho referencia, en este mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado* cit., tomo XII, p. 232, con especial referencia a las «sanciones rescisorias» o revocatorias: «Muchas veces se incluyen en esta categoría revocaciones que no tienen o no deberían tener naturaleza sancionadora».

<sup>13</sup> *Vid. Las sanciones administrativas*, cit., pp. 266-269.

Siendo claro que el principio de culpabilidad constituye una exigencia inderogable en la imposición de sanciones administrativas, se hace necesario justificar en no pocos casos que al infractor se le apliquen garantías a las que no tienen derecho otros ciudadanos que no han cometido infracción alguna. A algunos de estos supuestos se refiere mi trabajo «De nuevo sobre el concepto material de sanción y sus aplicaciones: la revocación de autorizaciones de farmacia, la suspensión de autoridades en ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional, la prohibición temporal de ejercer actividades sometidas a declaración responsable y el incremento de la carga docente de los profesores universitarios en función del rendimiento de su actividad investigadora», de próxima publicación en el *Libro Homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*.

<sup>14</sup> De «cuerpo extraño», pero en este caso refiriéndose a la atribución de potestades sancionadoras a la Administración, hablan M. GÓMEZ TOMILLO/Í. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador*, cit., p. 73.

nales de los actos administrativos sancionadores para separar las que constituyen una exigencia conceptual de las sanciones (que deben aplicarse indistintamente a las penas y a las administrativas, con independencia de su gravedad), de las que provienen del Derecho penal, en el que han surgido como garantías frente a la gravedad de las penas, y cuya extensión a las sanciones administrativas puede no estar justificada en todos los casos<sup>15</sup>.

Partiendo de esta base, se va a profundizar a continuación en una de esas diferencias funcionales entre las penas y las sanciones administrativas, que condicionan su aplicación y deben ser tenidas en cuenta al optar por uno u otro instrumento. Pero antes se van a exponer algunos factores estructurales que también dotan de una especial configuración a nuestro Derecho sancionador.

### **3. Algunos factores que condicionan la aplicación de las sanciones administrativas**

#### **a) *El protagonismo de las sanciones en el instrumentalario de las Administraciones Públicas en España: ¿administrar sancionando?***

Para abordar esta cuestión me centraré en uno de los ámbitos sectoriales que más están impulsando el desarrollo jurídico de las sanciones administrativas, que es el Derecho público de la economía y en particular la protección de la libre competencia, no sólo por el especial cuidado con el que se preparan y examinan estas sanciones (que se encuentran entre las más graves que se imponen en la práctica administrativa) sino porque, cuando las impone la Comisión Europea, se someten a un control judicial comunitario en dos instancias en el que se están desarrollando los principios y garantías de Derecho administrativo sancionador que ya conocemos en España<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Vid. *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 359-364. Expresamente de acuerdo con esta idea, vid. L. GRACIA MARTÍN, «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito», *Revista Penal*, 38 (2016), pp. 147-225 (apartado IV.2).

<sup>16</sup> Sobre las peculiaridades de las sanciones administrativas en este sector, vid. J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013; J. GUILLÉN CARAMÉS/M. CUERDO MIR

Sin duda merece una reflexión el hecho de que en Estados Unidos, que es el país donde puede decirse que nació el Derecho *anti trust*, las autoridades de la competencia, que existen, no imponen prácticamente ninguna sanción, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, en que las sanciones son casi el único instrumento de que disponen. En los Estados Unidos las autoridades de la competencia se dedican a detectar conductas contrarias a la competencia y llevarlas a los Tribunales, por la vía penal o por la civil<sup>17</sup>. Esto no quiere decir que los infractores sólo se expongan a pagar los daños causados (y a nada más), porque, además de que en muchos casos la conducta anticompetitiva se persigue como delito ante los tribunales penales, incluso en los casos en que sólo se persigue como ilícito civil, la responsabilidad civil no se limita a la reparación de daños y perjuicios en sentido estricto, sino que abarca cantidades adicionales (*punitive damages*) que cumplen una función materialmente sancionadora<sup>18</sup>.

Esa idea de la Administración Pública como una especie de Ministerio Fiscal cuya función es el ejercicio de determinadas acciones ante los Tribunales, que consigue de ese modo indirecto (y no mediante el dictado por ella misma de actos administrativos) la aplicación de las normas cuya defensa y salvaguardia tiene encomendada, es característica de muchos ámbitos de la Administración norteamericana, incluyendo el medio ambiente o la intervención en los mercados financieros, a través de la SEC, del Departamento de Justicia federal, de autoridades de los Estados o de los propios fiscales<sup>19</sup>.

---

(dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2015.

<sup>17</sup> Tal como estudia J. M.<sup>a</sup> BAÑO FOS, *The Dogmatic of Article 101 TFEU and Information Exchanges*, Tesis Doctoral de próxima publicación en Iustel, pp. 50-53 (se cita por la Tesis Doctoral).

<sup>18</sup> Sobre el ámbito en el que sí se admite la potestad sancionadora en USA y, sobre todo, en el Reino Unido, *vid.* el estudio de A. BETANCOR RODRÍGUEZ, «Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*», *Revista General de Derecho Administrativo*, 19 (2008).

<sup>19</sup> Como puede comprobarse, por fijarnos en el sector más desarrollado (el Derecho de la competencia), en cualquier exposición del Derecho de la competencia norteamericano. Por ejemplo, L. A. SULLIVAN, *The law of antitrust: an integrated handbook*, St. Paul, Thomson-West, 2006 (2.<sup>a</sup> ed.), pp. 930-941.

Entre nosotros no es frecuente el recurso a esta clase de técnicas. Las Administraciones y entes reguladores sancionan ellos mismos a los infractores y defienden esas sanciones en el contencioso-administrativo. Entre las causas de este diferente desarrollo puede identificarse, me parece, una cierta debilidad o desfallecimiento de los Tribunales penales (muy clara en España), que hasta fechas relativamente recientes eran reacios a intervenir en esta clase de cuestiones y a aplicar tipos penales como la prevaricación o el delito urbanístico, aunque estuviesen previstos en el Código Penal<sup>20</sup>. Además, el dogma de la falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas contribuía a empujar la respuesta sancionadora en el Derecho de la economía hacia la potestad administrativa sancionadora. Puede existir también una tendencia sociológica de la Administración española a pensar que sin un instrumento sancionador no se ejerce verdadero poder, lo que lleva a incluir la potestad sancionadora entre los instrumentos de cualquier ministerio o de cualquier política sectorial<sup>21</sup>. En todo caso, actualmente se mantiene esa tendencia a «administrar sancionando» a pesar de que los tribunales penales se involucran con fuerza en la aplicación de los tipos penales relacionados con la corrupción o la ilegalidad administrativa en general. Es más: podría

<sup>20</sup> Creo que no se puede entender nada de lo que estamos hablando sin mencionar el cambio de actitud de los Tribunales penales en los últimos 10 ó 15 años (no más), en los que han pasado de limitarse, en la práctica, a la delincuencia sangrienta y marginal, a pronunciarse con autoridad acerca de la delincuencia económica, urbanística y de corrupción, en la que antes no entraban casi nunca, amparándose para ello en cómodos dogmas que han ido cayendo. Cómo no recordar la idea de la protección de los terceros de buena fe, que eliminaba de hecho cualquier posibilidad de demolición de obras ilegales hasta fechas recientes. Algo parecido sucede con la responsabilidad civil, que tampoco ha alcanzado entre nosotros cotas equiparables a las de Estados Unidos.

<sup>21</sup> No carece de relevancia el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en algunos Estados como Alemania, en los que existen sanciones administrativas pero muchas infracciones se tipifican todas juntas en una Ley especial (una especie de correlato del Código Penal), en España se regulan, como es sabido, dentro de las Leyes sectoriales, como un añadido de ellas, lo que no sólo dificulta la coordinación de los distintos regímenes sancionadores, sino que subraya que las sanciones son a todos los efectos un instrumento propio de cada Ministerio y de cada Dirección General. En esta misma línea, también es difícil que surja una doctrina uniforme sobre el Derecho administrativo sancionador porque la competencia sobre estos asuntos está determinada por la materia (urbanismo, energía, dominio público, tributos) y, por tanto, corresponde a distintas Secciones de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

hablarse de una cierta tendencia actual a utilizar a los tribunales penales (o más bien a la fase de instrucción de los procesos penales) como un instrumento de «gestión», en el sentido de que se dirige más a evitar la producción de nuevos delitos, que a la sanción de los ya cometidos<sup>22</sup>.

También es importante, entre las causas de este fenómeno en los Estados Unidos, un entendimiento más profundo del principio de separación de poderes (y de su corolario, la reserva de jurisdicción) que no acepta que la Administración pueda imponer sanciones, especialmente sanciones graves<sup>23</sup>.

En todo caso, este otro modelo (el que se sigue en el Derecho norteamericano) basado en una mayor intervención judicial y en el

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, es significativo que la reacción del Estado ante la convocatoria del referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017 en Cataluña, tanto antes como después de esa fecha (pero sobre todo antes), se haya llevado a cabo predominantemente en el orden penal. Las medidas dirigidas a evitar el referéndum (clausura de páginas web, incautación de urnas, cierres de colegios electorales, etc.), se ejecutaban en cumplimiento de órdenes dictadas por los jueces que instruían determinados procesos penales. La instrucción de estos procesos penales estaba dirigida, por tanto, no sólo ni principalmente a determinar las responsabilidades por presuntos delitos ya cometidos, sino a impedir la comisión de otros nuevos. Pareciera que el Gobierno o la Administración carecieran de instrumentos para actuar e impedir la celebración del referéndum, salvo por orden de un juez penal.

La posterior aplicación del artículo 155 CE, a partir de su autorización por el Senado mediante acuerdo de 27 de octubre de 2017, no ha cambiado demasiado este estado de cosas, porque dicha aplicación va dirigida a sustituir a los órganos del gobierno autonómico, en el ejercicio de las competencias autonómicas, más que a adoptar medidas concretas en relación con la convocatoria de referéndum ilegal.

En este ámbito se ha producido, de forma paradójica, algo similar a lo que hemos visto que es característico de la Administración norteamericana, es decir, que el Gobierno, más que actuar por sí mismo, se dedica a preparar pruebas para presentarlas ante el juez y que sea éste el que actúe u ordene lo que debe hacerse.

<sup>23</sup> Sobre la cuestión central de si el principio de separación de poderes y la reserva de jurisdicción han de entenderse en un sentido meramente formal (=cualquier cosa puede atribuirse a la Administración, siempre que su decisión sea recurrible en vía contencioso-administrativa) o en sentido material (=algunas cosas, como la imposición de sanciones graves, son exclusivas de los tribunales penales), al que me referí en *Las sanciones*, pp. 75-88 y antes en *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Bolonia, 2000, pp. 266-268, *vid.* las importantes reflexiones, en otro contexto, de J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, «Los excesos de la llamada autotutela administrativa», *REDA*, 181 (2016), pp. 69-86.

que el papel de la Administración es el de impulsor de los procesos judiciales, no lleva a una mayor debilidad de la respuesta estatal ante las infracciones (como pudiera parecer y a veces se ha sostenido desde posiciones justificadoras de las sanciones administrativas), derivada teóricamente del garantismo del Derecho penal, sino todo lo contrario, a una intervención más enérgica y rápida y con mayor capacidad preventiva y disuasoria. Nuestro Derecho se basa en la imposición de sanciones administrativas, que son menos gravosas que las penales (si las comparamos con las penas de privación de libertad) y que, aunque llegan teóricamente pronto (frente a la lentitud de los procesos penales), están sometidas al «partido de vuelta» del contencioso-administrativo en el que se pierde la inicial ventaja temporal. Todo ello al margen de que la separación entre la autoridad que impone la sanción (la nueva CNMC o la antigua CNC) y el Tribunal que conoce del recurso contencioso-administrativo lleva muchas veces a un cierto desinterés judicial por los entresijos de la sanción y a la anulación de no pocas de ellas<sup>24</sup>.

Otra importante faceta de ese «administrar sancionando» (es decir, de la percepción de que es imposible administrar sin sancionar), es la tendencia, a la que ya me he referido, a configurar determinadas medidas administrativas, como por ejemplo la indemnización de daños y perjuicios, la reposición de las cosas al estado anterior, demolición, la revocación de licencias, etc., como *medidas*

---

<sup>24</sup> Ejemplos de esa dudosa celeridad de las sanciones administrativas los encontramos allí donde conviven ambos instrumentos, como puede verse en la sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS (Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de septiembre de 2013 (recurso de casación 5977/2010), que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AN de 19 de mayo de 2010 (recurso 399/2009), por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción impuesta por el Banco de España a varios administradores del BBVA por el caso de las «cuentas en Jersey», que se descubrió a finales de 2001 y obligó a dimitir al entonces presidente de la entidad. Doce largos años después del descubrimiento de los hechos (y de que se ventilaran sus consecuencias personales), el caso se salda con una sentencia que confirma la anulación de la sanción administrativa impuesta por el Banco de España y con la retroacción de actuaciones al inicio de la tramitación del recurso contencioso-administrativo, para que el Abogado del Estado sea tenido por parte. Finalmente, los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las sanciones de la CNMV y el Banco de España son desestimados por la Audiencia Nacional y el TS desestima los recursos de casación en dos sentencias de 15 de marzo de 2017 (recursos de casación 2078/2014 y 4213/2014).

*accesorias* de las sanciones (por no decir auténticas sanciones), lo que no sólo puede retrasar su aplicación, sino que en buena medida la excluiría en aquellos casos en que, por falta de culpabilidad o por otros motivos estrictamente sancionadores, no se pueda imponer una sanción. Este resultado sería muy negativo para los intereses públicos afectados y la jurisprudencia suele excluirlo con métodos expeditivos aunque poco justificados, como el mantenimiento de esas medidas aunque se anule la sanción<sup>25</sup>.

**b) *La dispersión normativa del Derecho administrativo sancionador: un factor adicional de inseguridad***

La regulación del Derecho administrativo sancionador es insuficiente y se encuentra dividida en múltiples normas. Insuficiente porque los escasos preceptos que le dedican las Leyes 39 y 40/2015 no resisten la comparación con el Libro I del Código Penal y constituyen un catálogo de problemas más que un elenco de soluciones normativas (con el agravante, además, de su división en dos Leyes distintas, del «centrifugado» de la regulación del procedimiento sancionador a lo largo de toda la Ley 39/2015 y de la derogación sin incorporación a norma alguna de numerosos preceptos del Real Decreto 1398/1993). El legislador es consciente de que el Derecho administrativo sancionador está escrito en la jurisprudencia del TC (que a su vez lo extrae de la Constitución), y se limita a recoger algunos «principios», no pocos de ellos de inequívoco aspecto «tentativo», como propuestas o sugerencias presentadas al legislador sectorial (por ejemplo, art. 28.4 de la Ley 40/2015). Da la impresión de que la legislación general (Leyes 39 y 40/2015) sólo recoge el nivel mínimo de garantías que exige el TC, a fin de que la Administración, sin vulnerar la Ley, pueda estirar al máximo las «matizaciones» implícitamente admitidas por el TC, correspondiendo a éste

---

<sup>25</sup> Otra manifestación de ese desenfoco es lo que ha sucedido con la reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), cuyo análisis se ha centrado en su régimen sancionador, *a pesar de que el mismo es, en sentido estricto, prescindible*. Si suprimiésemos el capítulo V de la Ley («régimen sancionador»), seguiríamos teniendo una Ley de Seguridad Ciudadana, y esas infracciones podrían ser sancionadas penalmente. En cambio, los capítulos anteriores de la Ley son imprescindibles en una Ley sobre esta materia.

concretar el alcance de tales matizaciones. La solución puede ser buena para la Administración pero no lo es para la seguridad jurídica<sup>26</sup>.

Mención aparte merece la ausencia de regulación de cuestiones tales como la mayoría de edad (resuelta contradictoriamente por la jurisprudencia)<sup>27</sup>, la extinción de la responsabilidad o las circunstancias atenuantes y eximentes, que no deberían resolverse mediante la aplicación analógica «corregida» del CP<sup>28</sup>.

Ante esa inoperancia de la legislación administrativa general van apareciendo regímenes sancionadores más desarrollados, sobre todo en materia de tráfico, lucha contra el dopaje o defensa de la competencia, recogiendo en ellos previsiones que podrían tener alcance general pero que sólo se van a aplicar sectorialmente, sin que en todos los casos exista razón alguna para ello. Una situación semejante sería inimaginable en Derecho penal, por múltiples razones.

La dispersión sectorial del régimen sancionador en Derecho administrativo obedece a causas muy variadas pero que no dejan en muy buen lugar su madurez.

En ocasiones es visible la voluntad de dar una imagen de seriedad y eficacia frente a la presión internacional. El ejemplo más claro es la reforma de la legislación contra el dopaje bajo la presión del COI (en el contexto del intento de obtener la organización de los JJOO en Madrid). La anterior Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, incorporó como novedad (a través del entonces art. 361 bis en el Código Penal, ahora 362 quinquies) la tipificación penal del dopaje, superando el estrecho marco del delito contra la salud

---

<sup>26</sup> La falta de una regulación suficiente de la potestad administrativa sancionadora lleva a un goteo de normas que declaran aplicable a ella preceptos concretos de la LECr. Así, la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 3/2012 establece que el nuevo régimen de destrucción de muestras de droga que se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aplique también a las sustancias en poder de autoridades administrativas.

<sup>27</sup> A esta cuestión se refiere el trabajo de M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de los menores en el Derecho administrativo sancionador», publicado en este mismo libro.

<sup>28</sup> *Vid.* un catálogo de todas esas ausencias en T. CANO CAMPOS, «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, 201 (2016), pp. 25-68, especialmente pp. 67-68.

pública. La Ley Orgánica 3/2013 se caracteriza, por su parte, por fortalecer el régimen sancionador administrativo y regula, parece que sin paralelo en nuestro Ordenamiento, la posible transmisión del proceso penal al expediente sancionador de pruebas obtenidas en el proceso penal, asunto de extraordinaria importancia porque esas pruebas pueden haberse obtenido a través de instrumentos que, si están permitidos en el proceso penal, están vedados a la Administración en el procedimiento sancionador (art. 33.5)<sup>29</sup>.

En otro terreno, el mimetismo con los juicios rápidos penales constituye, confesadamente, el motor de la reforma de la legislación de tráfico por obra de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora, que surge del «escándalo» de que los juicios penales sean más rápidos que los procedimientos administrativos, olvidando que el rango de celeridad de los juicios penales es amplísimo<sup>30</sup>.

En otros casos se trata de incorporar una regulación comunitaria que exige el otorgamiento a la Administración de poderes de especial intensidad en cuanto a las potestades de investigación y búsqueda de pruebas de las autoridades de vigilancia, como ocurre en Derecho de la competencia con el Reglamento 1/2003 y la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia<sup>31</sup>.

En todo caso, es urgente una Ley de sanciones administrativas mucho más amplia, que reduzca la aplicación analógica de normas penales, que ofrezca seguridad jurídica y que no haga tan fácil de justificar la aparición de regímenes especiales.

Junto a esa dispersión de la «parte general», no puede olvidarse la dispersión de la «parte especial», es decir, el hecho de que las

<sup>29</sup> Al tema he dedicado los comentarios <http://almacenderecho.org/la-utilizacion-la-prueba-penal-los-procedimientos-administrativos-sancionadores/> (3 de junio de 2016) y <http://almacenderecho.org/la-sentencia-las-muestras-la-operacion-puerto/> (17 de junio de 2016).

<sup>30</sup> Vid., en esta materia, T. CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, Aranzadi, Cizur Menor 2014 (2.<sup>a</sup> ed.).

<sup>31</sup> Vid. J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

distintas infracciones y sanciones no se recojan en un cuerpo único (como ocurre con el Derecho penal, que ha suprimido prácticamente las antiguas «Leyes penales especiales» para recoger en el Código Penal a casi todos los delitos y penas), sino que estén distribuidos en una pluralidad casi inabarcable de Leyes.

Esta dispersión favorece que un mismo hecho esté tipificado por varias normas y dificulta la aplicación de las reglas sobre concursos. También es fácil que se registre una gran desproporción entre las sanciones con las que se castigan a infracciones de similar entidad, pero tipificadas en Leyes diferentes<sup>32</sup>.

**c) *La «penalización» de la vida jurídica, debida entre otras cosas al mal funcionamiento de otros mecanismos de obtención de información***

La actual «lucha contra la corrupción» ha supuesto un cambio de actitud, sobre todo de los tribunales penales. A él se ha respondido críticamente por lo que supone de falta de respeto a los dogmas del Derecho administrativo y a alguna de sus garantías<sup>33</sup>.

Una de las causas es la impotencia de los mecanismos administrativos, no sólo los represivos sino también (e incluso especialmente) los de control (interno o externo) de la Administración<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Este problema se ha observado también en un ámbito como alejado al nuestro, como es el ordenamiento jurídico norteamericano. *Vid.* C. R. SUNSTEIN, D. KAHNEMAN, I. RITOV y D. SCHKADE, «Predictably Incoherent Judgments», *Stanford Law Review*, vol. 54 (2002), pp. 1153-1215 (esp. pp. 1186-1194).

<sup>33</sup> Entre los «excesos» criticados pueden mencionarse: (1) el hecho de que se pueda considerar constitutiva de delito una actuación administrativa que no ha sido objeto de recurso administrativo o contencioso-administrativo, habiendo ganado firmeza, (2) la aplicación del concepto «resolución injusta» (integrante del tipo del delito de prevaricación) de una forma amplia que incluye actos que no son nulos de pleno derecho, (3) la declaración en la propia sentencia penal de las consecuencias jurídico-administrativas del delito (nulidad de actos, demolición de edificaciones), en lugar de remitirlas a la vía contencioso-administrativa, entre otras cosas para poder tener en cuenta los intereses de terceros afectados.

<sup>34</sup> A la ineficacia de los poderes administrativos de disciplina urbanística aludió, en un pasaje famoso, y como argumento para defender la intervención de los tribunales penales, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 (recurso de casación 1539/2008): «la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a

Ya se ha dicho muchas veces que la relativa ineficacia de las potestades administrativas de restablecimiento de la legalidad (por ejemplo en materia urbanística) ha llevado a recurrir al Derecho penal, que, aunque no está pensado para esa función (que para él es, en el mejor de los casos, secundaria o accesorio), la cumple, cuando lo hace, de forma más expeditiva y con sujeción a plazos de prescripción más amplios<sup>35</sup>.

La falta de transparencia en los procedimientos administrativos es una de las causas de buena parte de estos procesos penales sobre asuntos administrativos, y no se ha solucionado hasta ahora ni con medidas de transparencia propiamente dichas ni con los mecanismos de control interno o externo. La iniciación de un proceso penal permite acceder, sin dificultades y con rapidez, al contenido de los expedientes administrativos, desvelando hechos que, tengan o no trascendencia penal (eso sólo se descubre muchos años después y tiene —en este contexto— poca importancia), la tienen y mucha en el plano político, provocando la asunción de responsabilidades. En muchos de los más conocidos casos de corrupción administra-

---

la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como *ultima ratio*».

<sup>35</sup> En este punto se manifiesta una paradoja sobre la que se volverá en varias ocasiones, que se refiere al «doble efecto» del Derecho penal. Por una parte, el Derecho penal es más garantista con el reo debido a que éste se expone a sufrir una pena que afecta a derechos básicos como la libertad. En este sentido, la imposición de la pena está sujeta a requisitos más estrictos que los que se exigen para, por ejemplo, dictar una sentencia civil contra ese sujeto o para imponerle una sanción administrativa. Puede ser más difícil obtener la condena penal que otro tipo de consecuencias jurídicas. Del mismo sentido, puede fracasar el proceso penal y sin embargo ser posible la imposición de una sanción administrativa o la declaración de que la conducta que se intentó calificar como delito sí da lugar a una condena por responsabilidad civil. Pero a la vez, y en sentido aparentemente contrario, el Derecho penal, al proteger bienes jurídicos de la máxima relevancia, tiene que darles (y les da) una tutela más eficaz. Por ello cuando los hechos son —o pueden ser— constitutivos de delito, la actuación estatal dirigida a su persecución pasa por encima de obstáculos que sin embargo impedirían otro tipo de reacciones jurídicas. Por ejemplo, la firmeza de un acto administrativo impide reaccionar frente al mismo mediante los procedimientos habituales de tutela de los derechos e intereses (recurso administrativo y/o contencioso-administrativo, salvo que el acto sea nulo), pero no impide que se persiga como delito la conducta consistente en dictarlo, en caso de que pueda ser constitutiva de prevaricación, cohecho u otro tipo penal.

tiva, las consecuencias políticas se extraen en las primeras semanas o meses de las diligencias previas, cuando salen a la luz hechos que, con independencia de que sean o no constitutivos de delito, son considerados inaceptables en el plano político al poner de manifiesto una gestión administrativa indefendible. El juicio penal en sentido estricto (del que dependerá la imposición de una condena) es un problema diferente, un problema técnico gestionado por otros profesionales y cuyo resultado, en cierto sentido, importa menos. Aunque en las diligencias previas no haya pruebas en sentido estricto, sino indicios, muchas veces resultan suficientes para dejar acreditados esos hechos con relevancia política o administrativa (sobre todo cuando los afectados no cuestionan los hechos, sino su trascendencia penal). Ni siquiera la absolución cambia las cosas porque no supone un desmentido de esos hechos, sino una negación de que tengan relevancia penal.

Este estado de cosas no es satisfactorio, porque lleva a la incoación de procesos penales instrumentales e interminables que sólo sirven e interesan para obtener información. La conclusión es que resulta imprescindible que haya más transparencia porque sólo así esa información estará disponible sin necesidad de forzar el proceso penal. Es evidente que existe interés público en que esa información esté disponible, de modo que no tiene sentido que sólo pueda obtenerse por vía judicial penal.

#### **4. La limitación de ciertos medios de obtención de pruebas a la persecución de delitos (no de infracciones administrativas)**

##### **a) *El ámbito de aplicación restrictivo de ciertos medios de obtención de pruebas***

Una de las diferencias entre las infracciones administrativas y los delitos es que para la obtención de pruebas de la comisión de estos últimos pueden utilizarse una serie de medidas limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (como la intervención de comunicaciones postales, telefónicas o electrónicas), de las que no pueden disponer las Administraciones Públicas